



Sobre a Problemática dos Conhecimentos Fortuitos obtidos no âmbito das Escutas Telefónicas

Marta Teixeira Vilas Boas da Costa

Dissertação

Mestrado Forense

Sob a orientação do Professor Doutor Germano Marques da Silva

LISBOA

2014

Universidade Católica Portuguesa
Faculdade de Direito – Escola de Lisboa

**Sobre a Problemática dos Conhecimentos
Fortuitos obtidos no âmbito das Escutas
Telefónicas**

Marta Teixeira Vilas Boas da Costa

Dissertação

Mestrado Forense

Sob a orientação do Professor Doutor Germano Marques da Silva

LISBOA

30 de Abril de 2014

Aos meus pais

Abreviaturas

- al. — Alínea
- BGH — Bundesgerichtshof – Tribunal de Justiça Federal Alemão
- CC — Código Civil
- Cfr. — Conforme
- cit. — Obra citada
- CPP — Código de Processo Penal
- CRP — Constituição da República Portuguesa
- ed. — Edição
- G.G. — Grundgesetz - Lei fundamental alemã.
- MP — Ministério Público
- n.º — Número
- OLG — Oberlandesgericht - Supremo Tribunal Alemão
- pág. — Página
- págs. — Páginas
- ss. — Seguintes
- StPO — Strafprozessordnung - Código de Processo Penal Alemão
- TRL — Tribunal da Relação de Lisboa
- TRP — Tribunal da Relação do Porto
- vd. — Vide
- vol. — Volume

Índice

1 – Introdução. Objecto de estudo.....	7
2 – Dos conhecimentos fortuitos.....	8
2.1 – Delimitação do conceito.....	8
2.2 – No âmbito dos meios de obtenção de prova em geral.....	9
2.3 – No âmbito das escutas telefónicas.....	11
3 – Dos conhecimentos fortuitos obtidos no âmbito das escutas telefónicas: análise doutrinal e jurisprudencial.....	15
3.1 – Contributo alemão.....	15
3.1.1 – Principais teses doutrinárias.....	15
3.1.2 – Jurisprudência.....	16
3.1.2.1 – A decisão de OLG de Hamburg de 11.10.1972.....	16
3.1.2.2 – A decisão do Bundesgerichtshof de 15.3.1976.....	17
3.1.2.3 – A decisão do Bundesgerichtshof de 30.8.1978.....	18
3.1.3 – Doutrina em referência às decisões jurisprudenciais.....	18
3.1.4 – Entrada em vigor da Lei de combate ao tráfico ilegal de estupefacientes e outras formas de manifestação da criminalidade organizada (OrgKG) de 15.7.1992.....	20
3.2 – Contributo espanhol.....	21
3.2.1 – Doutrina.....	24
3.2.2 – Jurisprudência.....	25
3.3 – Contributo português.....	27
3.3.1 – Regime actual das escutas telefónicas.....	28
3.3.2 – Doutrina.....	31
3.3.3 – Jurisprudência.....	37
4 – Considerações finais.....	51
5 – Referências bibliográficas.....	54

1 – Introdução. Objecto de estudo

O presente estudo tem como objecto a problemática dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas, sendo que foi no âmbito deste meio de obtenção de prova que surgiu a discussão e tratamento da categoria dos conhecimentos fortuitos na doutrina e jurisprudência alemãs.

Pelo impulso e evolução da questão no ordenamento jurídico alemão, procederemos, em primeiro lugar, a uma análise das posições doutrinárias e jurisprudências germânicas, seguindo-lhe uma análise ao tratamento da questão pela doutrina e jurisprudência espanhola, justificada pela proximidade geográfica e pelo contributo que prestará ao nosso estudo, uma vez que o regime espanhol previsto para as escutas telefónicas apresenta poucas semelhanças com o regime alemão e português. Faremos, por último e como seria expectável, uma análise jurisprudencial e doutrinal mais aprofundada das soluções encontradas no ordenamento jurídico português.

Abordaremos ainda algumas questões laterais como os conhecimentos fortuitos obtidos através de outros meios de obtenção de prova, o efeito-à-distância dos conhecimentos fortuitos, o desvalor jurídico estabelecido em caso de violação de valoração, entre outras e sempre na medida em que se apresentam como pertinentes e enriquecedoras do presente estudo.

Por fim, procuraremos demonstrar a evolução da problemática dos conhecimentos fortuitos obtidos no âmbito de escutas telefónicas de forma a melhor compreender a situação actual da questão, tanto a nível doutrinal como a nível jurisprudencial, tecendo, a final, as considerações pessoais alcançadas. Pretendemos, assim, criar as condições necessárias para que, concluído o presente estudo, possamos encontrar-nos numa posição em que, confortavelmente, partilhe-mos as nossas convicções.

2 - Dos conhecimentos fortuitos

2.1 - Delimitação do conceito

A primeira, e certamente mais importante destrição a fazer no domínio do nosso estudo será aquela que contrapõe, por um lado, os conhecimentos da investigação e, por outro, os conhecimentos fortuitos.

Os conhecimentos da investigação serão aqueles que, obtidos através da realização de uma escuta telefónica legalmente autorizada, se reportam ao crime que legitimou a mesma ou, não se reportando a esse mesmo crime, se reportam a um outro crime (constante ou não do catálogo legal) que esteja baseado na mesma situação histórica de vida daquele. Este segundo critério delimitador, de natureza eminentemente processual, pressupõe que, entre o crime legitimador da escuta e os factos conhecidos através desta, se verifique uma identidade de investigação no sentido processual. Isto é: é necessário que os factos conhecidos através da escuta apresentem “uma unidade de acção no sentido processual” face ao crime que legitimou a escuta telefónica¹. Este segundo critério apresenta conexões com a problemática do objecto do processo, uma vez que os factos conhecidos através da escuta devem ainda enquadrar-se no objecto do processo, constituindo factos relativos ao mesmo “pedaço de vida”.

Temos, então, que os conhecimentos fortuitos serão todos aqueles factos conhecidos através de uma escuta telefónica legalmente autorizada, que não se reportam ao crime do catálogo legitimador da escuta, nem que com este formem uma unidade processual². Serão, pois, delimitados pela negativa, tendo, por isso, “carácter preferencialmente residual”³.

A segunda importante destrição que caberá fazer prende-se com a figura do efeito-à-distância. No âmbito generalizado das proibições de prova, o problema que se coloca é o de saber se a proibição de valoração que impende sobre o meio, método ou

¹ STÖRMER conclui no sentido de que apenas os factos que não pertençam à mesma “unidade de acção no sentido processual” face ao delito que legitimou a vigilância telefónica constituirão “verdadeiros” conhecimentos fortuitos, *apud* Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos Fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*, 2004, pág. 18.

² “Por conhecimentos fortuitos entendemos todos aqueles que exorbitam o núcleo de fontes de informação previstas no meio de obtenção da prova em causa, assim atingindo a esfera jurídica de terceiros, bem como aqueles que, atendendo ao seu conteúdo, não se prendem com a factualidade que motivou o recurso a tal meio”. Cfr. ANDRÉ LAMAS LEITE, “*As escutas telefónicas – Algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivadas da respectiva violação*”, in *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, Ano I, 2004, pág. 38.

³ COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, 1992, pág. 306.

tema de prova primário se comunica, ou não, ao meio de prova secundário, obtido através daquele primeiro.

Atento o conceito já formulado de conhecimentos fortuitos, poder-se-á concluir que neste âmbito estamos perante o “resultado directo de um meio de obtenção de prova legal”, enquanto no domínio do efeito-à-distância estamos perante o “resultado indirecto de um meio, método ou tema de prova ilegal”⁴.

Ainda no âmbito da figura do efeito-à-distância, é possível levantar o seguinte problema: se dos conhecimentos fortuitos resultar uma proibição de valoração, resultará daí a comunicação da mesma aos meios secundários de prova? Trataremos desta questão em sede própria, uma vez que se apresenta como pertinente e conexa com o objecto do presente estudo.

2.2 - No âmbito dos meios de obtenção de prova em geral

A problemática dos conhecimentos fortuitos pode suscitar interrogações no âmbito de outros meios de obtenção de prova e não apenas no domínio das escutas telefónicas que, apesar de constituir o objecto central do nosso estudo, não importa a exclusão de uma breve referência no que toca aos demais meios de obtenção de prova.

A discussão em torno dos conhecimentos fortuitos pode igualmente suscitar-se no plano dos exames, das revistas, das buscas e das apreensões, enquanto meios de obtenção de prova tradicionais, e ainda no domínio dos registos de voz (off) e de imagem, previsto no art. 6º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro e no recurso à figura do agente encoberto, previsto na Lei nº 101/2001, na recente redacção dada pela Lei nº 60/2013, de 23 de Agosto.

No que concerne aos exames, revistas, buscas e apreensões em geral, a problemática dos conhecimentos fortuitos apresenta uma relevância diminuta. Estes meios de obtenção de prova, que são também estabelecidos enquanto medidas cautelares e de polícia, dispõem de previsões legais (estabelecidas nos artigos 171º e ss. do CPP.), que permitem a sua realização e investigação em relação a qualquer crime, não estabelecendo qualquer catálogo legal fechado. Desta forma, dificilmente se poderá colocar a questão dos conhecimentos fortuitos, pois o sentido das previsões legais é precisamente o de permitir a descoberta, e posterior valoração probatória, de todos os

⁴ Cfr. ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, Coimbra, 1998, pág. 62, nota 132 *apud* Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos fortuitos...*, pág. 25.

factos ou objectos relacionados “com um crime”⁵ ou que a este “possam servir de prova”⁶.

Do exposto, resulta clara a validade da tese da admissibilidade geral da valoração dos conhecimentos fortuitos^{7/8} no âmbito dos meios de obtenção de prova supra referidos⁹. No entanto, esta solução, que os autores alemães tendem a aplicar também no tocante à apreensão de correspondência, é inaplicável no direito português, uma vez que o preceito legal relativo à apreensão de correspondência, a inviabiliza.

O artigo 179º, alínea b) do CPP estabelece um regime de catálogo, o que se afasta, desde logo, do regime das buscas, exames, revistas e apreensões em geral. O regime de catálogo, embora menos fechado do que os previstos para outros meios de obtenção de prova (vg. escutas telefónicas), não deixa de limitar a apreensão de correspondência a um certo tipo de delitos — “crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a três anos” — podendo desta forma questionar-se se a problemática dos conhecimentos fortuitos terá ou não, relevo.

Recorrendo ao cristalino exemplo de Costa Andrade, vejamos: “A, que aguarda julgamento em prisão preventiva, escreve a B pedindo-lhe que subtraia ou falsifique documentos que podem vir a ser utilizados contra A em relação a crime diferente daquele que motiva a prisão preventiva”¹⁰. Sendo a carta legalmente apreendida para efeitos do processo em curso, será possível a sua valoração tendo em conta que para os crimes de subtracção e de falsificação de documentos apenas são previstas penas de prisão até três anos?

Idênticas interrogações podem ser levantadas no domínio das buscas domiciliárias nocturnas (entre as 21 e as 7 horas), onde é igualmente estabelecido um

⁵ Cfr. Artigos 174º, nº 1 e 178º, nº 1, CPP.

⁶ *Ibidem*

⁷ Neste sentido mas referindo-se concretamente às buscas, COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, 1992, pág. 277-278. “... a tese da legitimidade da valoração de todos os conhecimentos fortuitos decorrentes de uma dada busca (...) radica na circunstância de este meio de obtenção da prova ser admissível em relação a qualquer crime. São, pois, razões de economia processual — evitando-se a repetição de formas e diligências — que ditam a apreensão directa ou a valoração probatória dos objectos que corporizam os *conhecimentos fortuitos*”.

⁸ Entendimento pacífico da doutrina e jurisprudência alemãs.

⁹ Posição contrária é assumida por FRANCISCO AGUILAR, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 80 e ss. O autor rejeita a transposição da solução germânica para o direito português, uma vez que o direito alemão, no tocante às apreensões, “contempla expressamente o problema dos conhecimentos fortuitos ao prever a apreensão de objectos relativos ao cometimento de “outro delito” (...). Pelo contrário, o art. 178º do CPP, não só não estabelece nenhum regime idêntico como nem sequer alude ao problema dos conhecimentos fortuitos”.

¹⁰ COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, 1992, pág. 277.

regime de catálogo¹¹, donde resulta que a busca só pode ser realizada nos casos de terrorismo, criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada e, nos casos de flagrante delito, em relação à prática de crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a três anos. Ora, se através da busca domiciliária nocturna legalmente realizada, vierem a ser obtidos novos factos que consubstanciem a prática de um outro delito não enquadrável no catálogo, caberá questionar: poderão esses factos ser valorados?

O recurso ao regime do agente encoberto e do registo de voz (off) e de imagem, apesar de representarem meios de obtenção de prova menos tradicionais e de menor aplicabilidade prática, não deixam de suscitar as mesmas questões que as apreensões de correspondência ou as buscas domiciliárias nocturnas (e ainda, as escutas telefónicas) suscitam na problemática dos conhecimentos fortuitos.

A Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro prevê no seu artigo 6º que o recurso ao registo de voz e de imagem está dependente da verificação de um dos crimes previstos no artigo 1º do mesmo diploma. De igual forma, no artigo 2º da Lei nº 101/2001, de 25 de Agosto, se estabelece que as acções encobertas são apenas admissíveis no âmbito da prevenção e repressão de um catálogo de crimes aí elencados. Em ambos os casos, somos novamente confrontados com dificuldades relativas à descoberta de factos novos através do recurso a estes meios de obtenção de prova. Qual a solução caso se trata de novos factos criminalmente puníveis que não se enquadram nos catálogos legais, nem sequer apresentam qualquer conexão com o crime motivador da acção encoberta ou do registo de voz e imagem?

Estas, entre outras, são questões às quais procuraremos dar resposta no presente estudo.

2.3 - No âmbito das escutas telefónicas

É no domínio das escutas telefónicas que o estudo relativo aos conhecimentos fortuitos ganha maior relevância. O tratamento das questões que a problemática dos conhecimentos fortuitos suscita é, paradigmaticamente, associado a este meio de obtenção de prova, pela circunstância prática da impossibilidade de controlo do conteúdo das conversações e comunicações que são escutadas, isto é, o conteúdo das

¹¹ Cfr. Artigo 177º, nº 2, do CPP.

conversações é, em termos de normalidade, tao amplo que certamente serão escutadas conversações que nada terão de relevo para o processo em curso, como ainda, conversações que permitirão o conhecimento de factos que preenchem o tipo legal de outros delitos que não eram conhecidos das autoridades e que, portanto, não motivaram a escuta.

É, precisamente, o funcionamento prático das escutas telefónicas que lhes concedem um papel de destaque na discussão em torno dos conhecimentos fortuitos e que, por conseguinte, trataremos enquanto núcleo central do presente estudo.

3 - Dos conhecimentos fortuitos obtidos no âmbito das escutas telefónicas: análise doutrinal e jurisprudencial

3.1 – Contributo alemão

A doutrina e jurisprudência alemãs conquistaram um lugar pioneiro na discussão em torno dos conhecimentos fortuitos obtidos mediante intercepções telefónicas. Foi, de facto, a jurisprudência germânica que forneceu os primeiros alicerces na evolução de um debate que até aos dias de hoje mantém efectivo relevo.

Importa, desde logo, assinalar que no entendimento dos tribunais alemães os conhecimentos fortuitos são todos aqueles que não respeitem ao crime de catálogo que, no caso concreto, justificou a decisão judicial da escuta telefónica¹².

3.1.1. - Principais teses doutrinárias

A tese da recusa total de valoração, defendida por PRITTWITZ, é a tese mais extremista na discussão em torno da valoração dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas¹³. O autor propugna um entendimento alicerçado na reserva constitucional de lei, uma vez que a valoração de tais conhecimentos carece de norma permissiva exigida pelo artigo 10º II G.G., não sendo possível a interpretação extensiva do § 100 a) da StPO pelo facto de aquela se tratar de uma norma excepcional restritiva de um direito fundamental. Desta forma, não se poderia importar para o domínio dos conhecimentos fortuitos parte dos requisitos para os conhecimentos da investigação, pois estaria o intérprete a substituir-se ao legislador ordinário. O autor avança ainda uma crítica ao critério da hipotética repetição de intervenção avançado por WELP, considerando que tal juízo consubstancia uma aplicação analógica encoberta — proibida — do § 108 da StPO em sede das escutas telefónicas¹⁴. Temos, assim, que para

¹² Cfr. a decisão do BGH de 15.3.1976, NJW, 1976, pág. 1463 *apud* Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos fortuitos...*, 2003, pág. 27-28 e decisão do BGH de 18.3.1998, *Idem*, pág. 49

¹³ *Apud* Guedes Valente, *Processo Penal- Tomo I*, 2010, pág. 593, Costa Andrade, *Sobre as Proibições...*, pág. 283 e Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 44 e 45.

¹⁴ *Apud* Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 44.

PRITTWITZ a valoração deve limitar-se aos crimes em nome dos quais foi ordenada a escuta, rejeitando qualquer valoração de conhecimentos fortuitos¹⁵.

No âmbito das teses que admitem a valoração dos conhecimentos fortuitos temos, em primeiro lugar, a tese da valoração sem restrições¹⁶, segundo a qual todos os conhecimentos fortuitos seriam passíveis de valoração desde que a realização da escuta ocorra dentro dos trâmites legais. Deste modo, todos os conhecimentos fortuitos seguiriam o regime dos conhecimentos da investigação, previstos para as escutas telefónicas. Este entendimento peca pelo facto de desatender à possível fraude à lei por parte das autoridades de investigação criminal, permitindo a valoração de delitos que nunca legitimariam a realização de uma escuta telefónica e ainda, pela circunstância de a utilização da gravação resultante da escuta constituir por si só uma devassa susceptível de constituir uma proibição de valoração autónoma ou independente¹⁷.

Outra tese doutrinal faz ainda depender a valoração dos conhecimentos fortuitos da verificação de requisitos adicionais aos requisitos fixados pelo BGH. Autores como WELP, MAIWALD e RUDOLPHI defendem a necessidade de o juízo de subsidiariedade e idoneidade que esteve na base da escuta, se verificar igualmente no momento da decisão acerca da admissibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos¹⁸. Estes conhecimentos, além de pertencerem ao catálogo legal, devem ultrapassar o crivo da “hipotética repetição de intervenção”¹⁹, que consiste na verificação da necessidade para a investigação (“estado de necessidade investigatório”)²⁰ da valoração dos conhecimentos fortuitos, feita no momento aferidor da admissibilidade de valoração de tais conhecimentos, repetindo-se, nesse momento, o juízo que o legislador impõe no § 100 a) da StPO.

Finalmente, não obstante o peso das teses doutrinárias supra expostas, a doutrina maioritária acompanha a orientação do BGH, isto é, a valoração dos conhecimentos fortuitos limitada aos crimes de catálogo²¹.

¹⁵ Apud Guedes Valente, *Processo Penal- Tomo I*, 2010, pág. 593, Costa Andrade, *Sobre as Proibições...*, pág. 283 e Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 44 e 45.

¹⁶ Cfr. SCHÜNEMANN apud Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 42.

¹⁷ Sobre a figura da proibição de valoração independente, COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, 1992, pág. 55 e 56.

¹⁸ Apud Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 43.

¹⁹ Cfr. WELP apud Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 43.

²⁰ Cfr. RUDOLPHI apud Costa Andrade, *Sobre as Proibições...*, 1992, pág. 310.

²¹ Cfr. SCHROEDER e ROXIN apud Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 42.

3.1.2 - Jurisprudência

3.1.2.1 - A decisão do OLG de Hamburg de 11.10.1972

A primeira decisão sobre os conhecimentos fortuitos relativos a escutas telefónicas foi a decisão do Supremo Tribunal Federal — *Oberlandesgericht* — de Hamburgo, donde resultou a admissibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos, independentemente da manutenção da suspeita da acção do catálogo do § 100 a) da StPO. Isto é, a legitimidade da decisão que ordena a escuta não é prejudicada pela circunstância da suspeita do crime legitimador não se confirmar, sendo, assim, valoráveis todos e quaisquer conhecimentos obtidos²².

Temos, pois, que no entendimento deste Tribunal, todos os conhecimentos fortuitos obtidos através de uma escuta telefónica legalmente realizada serão passíveis de valoração. Os argumentos apresentados pelo Tribunal são de três tipos.

Em primeiro lugar, refere o Tribunal de Hamburgo que os conhecimentos de factos distintos da suspeita de um dos crimes do catálogo do § 100 a) da StPO, é uma “consequência adicional extremamente óbvia” da devassa própria produzida pela escuta telefónica. Pelo que será de presumir que o legislador previu essa possibilidade e, contudo, não proibiu a valoração de tais factos, nem tal proibição poderá resultar do artigo 10º, nº1 G.G²³

Em segundo lugar²⁴, no entendimento do Tribunal, o seu raciocínio é confirmado pelo preceituado no § 108 da StPO, que dispõe que os conhecimentos relativos a um crime que não o que determinou a ordem de busca podem ser valorados. O preceituado no tocante à busca, valeria para os conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas²⁵.

Em terceiro lugar, do inciso V do § 100 b) da StPO, retira o Tribunal que não se verifica uma proibição de valoração nesta matéria, uma vez que as gravações só deverão ser destruídas quando já não forem necessárias “para a perseguição criminal” (*zur Strafverfolgung*) de qualquer crime (mesmo não pertencente ao catálogo do § 100 a) da

²² *Apud* Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 28.

²³ *Apud* Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 29.

²⁴ *Ibidem*

²⁵ “O motivo da não aplicação directa do § 108 da StPO dever-se-ia ao facto de no âmbito das escutas telefónicas ser desnecessária a apreensão das gravações delas resultantes uma vez que estas *ab initio* se encontram nas mãos das autoridades de investigação criminal”, FRANCISCO AGUILAR, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2003, pág. 29.

StPO). Se de outra forma fosse, o legislador teria previsto a destruição das gravações logo após o momento em que se tornassem desnecessárias à perseguição de um dos crimes do catálogo²⁶.

3.1.2.2 – A decisão do *Bundesgerichtshof* de 15.3.1976

Pela primeira vez chamado a pronunciar-se sobre a questão dos conhecimentos fortuitos obtidos através de uma escuta telefónica, o Supremo Tribunal Federal Alemão afastou-se da posição tomada pelo OLG de Hamburgo, tecendo críticas à sua argumentação.

Quanto ao argumento do OLG alicerçado no § 100 b) da StPO, veio o BGH sublinhar que o sentido da expressão “para a perseguição criminal” (*zur Strafverfolgung*) é o da perseguição dos delitos do catálogo, pois se a intenção do legislador fosse permitir a perseguição também para os crimes não pertencentes ao catálogo, teria utilizado outra expressão, — *zu einer Strafverfolgung* — “para uma perseguição criminal”²⁷.

No tocante à invocação do § 108 da StPO, entende o BGH que o argumento não poderá ser válido, na medida em que relativamente às buscas não existe um catálogo legal de crimes que permitam o recurso a essa medida processual²⁸.

Por último, dispõe o aresto que: “o princípio da proporcionalidade resultante do princípio do Estado de Direito só permite a restrição das posições respeitantes a direitos fundamentais apenas naquilo que seja absolutamente necessário à protecção de bens jurídicos constitucionalmente reconhecidos”. Deste modo, entende o BGH que a posição do OLG de Hamburgo recorrendo à Lei Fundamental não é correcta, pois os conhecimentos fortuitos que não são relevantes para o fim da protecção da ordem democrática e livre (reconhecido pelo artigo 10º G.G.) não poderão ser valorados²⁹.

Feitas as críticas à argumentação do OLG de Hamburgo, O BGH inicia as suas considerações defendendo, desde logo, a existência de uma proibição de valoração para certos conhecimentos fortuitos, rejeitando claramente a posição do OLG que havia

²⁶ *Apud* Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 29.

²⁷ NJW 1976, pág. 1463 *apud* Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 30.

²⁸ Cfr. NJW, 1976, pág. 1463 *apud* Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 30.

²⁹ Cfr. NJW, 1976, pág. 1463 *apud* Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos fortuitos...*, 2004, pág. 31.

defendido a admissibilidade de valoração de todos os conhecimentos fortuitos obtidos através de uma escuta telefónica legalmente realizada³⁰.

Segundo o BGH, apenas poderão ser valorados os conhecimentos fortuitos pertencentes aos crimes de catálogo do § 100 a) da StPO ou que estejam em “conexão” (*Zusammenhang*) com a suspeita de um crime do catálogo, sendo que apenas através desta solução é respeitado o princípio da proporcionalidade decorrente do princípio do Estado de Direito, por estarem em causa no § 100 a) da StPO os bens jurídicos cuja tutela se impõe para defesa da ordem democrática e livre, de acordo com o artigo 10º G.G.³¹.

3.1.2.3 – A decisão do *Bundesgerichtshof* de 30.8.1978

Apesar da decisão de 1976 ter enunciado a orientação daquele Tribunal, foi necessário aguardar até à decisão de 30.8.1978 para que algumas dúvidas deixadas pela primeira decisão fossem dissipadas. A decisão do BGH de 1978 veio, então, completar e concretizar a orientação daquele Tribunal no tocante à problemática dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas.

No que toca aos conhecimentos fortuitos não pertencentes às acções do catálogo do § 100 a) da StPO nem em “conexão com a suspeita de um delito do catálogo”, a decisão de 1976 deixou em aberto a questão de saber se a conexão terá de existir em relação à acção do catálogo que legitimou a escuta (*Überwachung*) ou se poderá relacionar-se a uma qualquer acção do catálogo (*Katalogtat*). Na decisão de 1978, a dúvida é dissipada: a conexão pode reportar-se à acção legitimadora da escuta ou a outra qualquer das elencadas no catálogo legal³².

Quanto aos conhecimentos fortuitos pertencentes a acções do catálogo do § 100 a) da StPO, esclarece o BGH que a valoração desses conhecimentos não é prejudicada pela circunstância de a responsabilidade criminal apurada apontar para um terceiro, um vez que a susceptibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos em causa não se encontra limitada a uma esfera pessoal (*Personenkreis*)³³. Da mesma forma que não será

³⁰ COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, 1992, pág. 307.

³¹ Cfr. NJW, 1976, pág. 1463 *apud* Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 31.

³² *Apud* Costa Andrade, *Sobre as Proibições...*, 1992, pág. 308 e Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 32.

³³ Cfr. NJW, 1976, pág. 1463 *apud* Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 34.

prejudicada a valoração desses conhecimentos quando a suspeita do delito catalogar que legitimou a escuta não se venha a confirmar ou, relativamente ao qual não chegue sequer a ser deduzida acusação³⁴.

Finalmente, no que concerne aos conhecimentos fortuitos não pertencentes às acções do catálogo do § 100 a) da StPO, mas em “conexão com a suspeita de um delito do catálogo”, o BGH pronunciou-se no sentido da equiparação das soluções apontadas relativamente aos conhecimentos fortuitos pertencentes a acções do catálogo legal³⁵. Assim, o Tribunal introduziu uma extensão no regime de valoração dos conhecimentos fortuitos através da “conexão” a qualquer acção pertencente ao catálogo legal e não apenas, como já se viu, à que motivou a escuta telefónica.

3.1.3 – Doutrina em referência às decisões jurisprudenciais

As vozes doutrinárias alemãs fizeram-se ouvir imediatamente após a decisão do OLG de Hamburgo de 1972, tendo vindo a ser, em grande medida, plasmadas nas críticas e soluções apresentadas pelo BGH na sua decisão de 1976.

O argumento do Tribunal de Hamburgo baseado no § 108 da StPO foi, desde logo, criticado por autores como SCHROEDER, PETERS, GEPPERT ou ROXIN. Estes autores rejeitam a analogia face ao referido preceito, pelo facto de a apreensão decorrente da busca não estar limitada a nenhum catálogo legal de crimes, ao contrário do que acontece no caso das escutas telefónicas³⁶. Por outro lado, fez-se ouvir WELP que, apesar de defender a aplicação analógica do § 108 da StPO no âmbito das escutas telefónicas por força da “homogeneidade estrutural” da busca e das escutas telefónicas³⁷, rejeita a solução do OLG de Hamburgo no que toca à utilização sem restrições dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas. Esclarece o autor que a apreensão de objectos que constituem conhecimentos fortuitos no âmbito das buscas deve-se a “razões de mera praticabilidade” devendo passar pelo crivo da

³⁴ Cfr. a decisão de 30.8.1979 do BGH, JR, 1979, pág. 165 *apud* Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos fortuitos...*, 2004, pág. 33

³⁵ NJW, 1976, pág. 1463 *apud* Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 34.

³⁶ SCHROEDER, PETERS, GEPPERT, ROXIN *Apud* Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 38.

³⁷ A favor da analogia, WELP e MAIWALD *apud* Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 38.

admissibilidade de uma “hipotética repetição de intervenção” (*hypothetischen Wiederholungseingriffs*)³⁸.

Quanto à interpretação feita do § 100 b) V da StPO, esclarece SCHROEDER que a expressão “para a perseguição” deve ser entendida no sentido de “para a perseguição dos delitos do § 100 a) e que, assim, as gravações decorrentes das escutas deverão ser destruídas quando já não forem necessárias à perseguição de um crime do catálogo”³⁹.

Em momento posterior à decisão do BGH de 1976 foram igualmente apresentadas algumas críticas, apesar de que aquela decisão mereceu, na sua globalidade, o aplauso da doutrina alemã, particularmente no que respeita à eleição do catálogo do § 100 a) da StPO como critério delimitador de valoração dos conhecimentos fortuitos no âmbito das escutas telefónicas.

Uma das críticas apontadas pela doutrina prende-se com o carácter demasiado abstracto da fórmula “em conexão” com a suspeita de um crime do catálogo. Questiona WELP⁴⁰ se a permissão de valoração de conhecimentos relativos a crimes não pertencentes ao catálogo não seria uma forma de contornar a lei, já que uma “hipotética repetição de intervenção” não permitiria a valoração dos factos relativos aos crimes em “conexão”. A questão é a de saber se esta categoria será uma excepção face à regra da proibição de valoração⁴¹ e quais serão os precisos contornos que tal “conexão” deve apresentar⁴².

Outra crítica apresentada à jurisprudência do BGH prende-se com a dimensão subjectiva dos conhecimentos fortuitos. No entanto, a doutrina maioritária⁴³ acompanha o entendimento do Tribunal, considerando que a vertente objectiva dos conhecimentos fortuitos é a única que deverá ser atendida enquanto relevante para a valoração de tais conhecimentos. MAIWALD acrescenta que o critério da repetição da intervenção “radica apenas no carácter do delito”. Apesar de minoritárias, algumas vozes questionam esta solução, atendendo à delimitação subjectiva estabelecida no § 100 a) S2 da StPO⁴⁴.

³⁸ Cfr. WELP *apud* Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 38.

³⁹ SCHROEDER *apud* Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 39.

⁴⁰ *Apud* Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 38.

⁴¹ Cfr. PETERS *apud* Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 40.

⁴² Cfr. RIEß *apud* Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 40.

⁴³ RIEß, MAIWALD ou GÖSSEL *apud* Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 41.

⁴⁴ É o caso de WELP *apud* Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 41.

3.1.4 - Entrada em vigor da Lei de combate ao tráfico ilegal de estupefacientes e outras formas de manifestação da criminalidade organizada (OrgKG) de 15.7.1992

O silêncio legislativo quanto à problemática dos conhecimentos fortuitos no âmbito das escutas telefónicas, foi afastado aquando da entrada em vigor da lei de combate ao tráfico ilegal de estupefacientes e outras formas de manifestação da criminalidade organizada (OrgKG) de 15.7.1992. Nesse momento, foi também introduzido um novo inciso V ao parágrafo § 100 b) da StPO, através do qual admite o legislador a valoração probatória dos conhecimentos fortuitos em outros processos-crime apenas com o objectivo de esclarecimento de um delito do catálogo do § 100 a) da StPO⁴⁵.

Perante esta novidade legislativa, foi necessário repensar as soluções já encontradas, tanto a nível doutrinal como a nível jurisprudencial.

O BGH, na sua decisão de 18.3.1998, veio afirmar como regra a valoração probatória exclusiva dos conhecimentos fortuitos relativamente aos delitos do § 100 a) da StPO, pelo que existira uma proibição de valoração dos conhecimentos fortuitos relativos a acções não catalogares⁴⁶. No entanto, acrescenta o BGH, que uma outra solução foi sendo aplicada por sucessiva jurisprudência e que de acordo com esta solução, são susceptíveis de valoração os conhecimentos fortuitos relativos a acções não catalogares desde que exista uma “estreita referência” (*enger Bezug*) relativamente à acção do catálogo apresentada na decisão judicial. Esta *enger Bezug* verifica-se no caso de diferentes formas de perpretação do crime (*Begehunsform*) do catálogo mesmo que essa forma não admita a escuta, na situação de concurso ideal de infracções (*Tateinheit*), ou ainda quando se verifique uma conexão com o delito catalogar que seja de admitir uma identidade de facto (*Tatidentität*), nos termos do § 264 da StPO⁴⁷.

Temos, assim, que o BGH defende a valoração dos conhecimentos fortuitos relativos a delitos não catalogares, desde que se verifique uma “estreita referência” relativamente ao crime do catálogo legitimador da escuta telefónica, não bastando a tal *enger Bezug* em relação a qualquer delito pertencente ao catálogo do § 100 a) da StPO⁴⁸.

⁴⁵ Cfr. ROXIN *apud* Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 48.

⁴⁶ *Apud* Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 49.

⁴⁷ *Ibidem*

⁴⁸ *Ibidem*

Em suma, a introdução do inciso V ao parágrafo § 100 b) da StPO, resultou numa orientação mais restrita por parte do BGH. O tribunal que outrora defendia que a valoração dos conhecimentos fortuitos dependia de uma “conexão” com um crime catalogar, veio, desde a sua decisão de 18.3.1998, restringir essa susceptibilidade de valoração aos casos em que a “conexão” se verifica, em concreto, com o crime do catálogo que legitimou a escuta telefónica.

Quanto às posições doutrinárias que desde a decisão do OLG de Hamburgo se faziam ouvir, também a introdução do inciso V ao parágrafo § 100 b) da StPO representou novos pontos de discussão.

A tese da recusa total de valoração e a tese da valoração sem restrições dos conhecimentos fortuitos perdem, assim, o seu sentido. A alteração legislativa passou a dispor sobre a admissibilidade, ainda que restrita, de valoração de tais conhecimentos, contrariando cabalmente as duas orientações referidas.

Perde igualmente sentido a posição doutrinal que fazia depender a valoração dos conhecimentos fortuitos da exigência adicional, a par da pertença ao crime de catálogo, de uma “hipotética repetição da intervenção”, que obrigaria a um juízo hipotético sobre a verificação no novo processo de todos os requisitos constantes do § 100 a) da StPO, uma vez que não foi essa a opção do legislador ordinário.

Já o entendimento segundo o qual apenas os conhecimentos fortuitos atinentes a um delito do catálogo seriam passíveis de valoração, parece estar em consonância com a alteração legislativa de 1992, pois o novo preceito estabelece a admissibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos somente noutro processo-crime apenas com a finalidade de esclarecimento de um delito do catálogo do § 100 a) da StPO.

3.2 – Contributo espanhol

A análise das orientações doutrinárias e jurisprudências espanholas em torno da problemática dos conhecimentos fortuitos obtidas através de escutas telefónicas, reclama, desde logo, um conjunto de esclarecimentos atinentes ao regime das escutas telefónicas, uma vez que o regime legal estabelecido no artigo 579. da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* é, em larga medida, distinto do regime português estabelecido nos artigos 187º e ss. do Código de Processo Penal.

O actual artigo 579. da LECrim com a epígrafe “*Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas*”, prevê:

1. *Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.*

2. *Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.*

3. *De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.*

4. *En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.*

O número 2 do artigo transcrito dispõe expressamente sobre a intervenção nas comunicações telefónicas, consagrando uma excepção à garantia constitucional do segredo nas comunicações, prevista no artigo 18.3 da Constituição espanhola.

Grande parte da doutrina espanhola considera o referido preceito demasiado amplo e pouco elucidativo no que toca aos requisitos e disciplina da determinação de intervenções nas comunicações telefónicas, o que reflecte, desde logo, uma regulação antiquada⁴⁹ e pouco garantística deste meio de obtenção de prova⁵⁰.

No que importa para o nosso estudo, a principal diferença entre o n.º 2 do artigo 579. da LECrim e o artigo 187º e ss do CPP, reside na circunstância de, ao contrário do que acontece no regime português, o regime espanhol não estabelecer qualquer limitação expressa quanto aos delitos que poderão constituir fundamento da escuta telefónica, o que representa uma importante lacuna do ponto de vista da defesa das garantias constitucionais. A circunstância de um meio de obtenção de prova tão gravemente lesivo de direitos fundamentais poder ser utilizado em relação a qualquer

⁴⁹ A actual redacção do artigo 579. da LECrim resultou da reforma operada pela Ley Orgánica 4/1988 e regula pela primeira vez as intervenções telefónicas.

⁵⁰ No entendimento de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 4ª Edição, 2010, pág. 1093, a regulação estabelecida no n.º 2 do artigo 579. da LECrim não cumpre o mínimo necessário num Estado Social e Democrático de Direito.

delito, independentemente da sua natureza e relevância social, coloca em causa a orientação do Tribunal Constitucional espanhol⁵¹, segundo a qual será sempre exigível um juízo de proporcionalidade de sacrifícios em todos os casos de limitação de um direito fundamental⁵².

Contudo, apesar de uma primeira leitura do preceito não indiciar qualquer limitação no tocante aos delitos que poderão estar na base da ordem judicial, o preceito refere-se ao “*procesado*”, o que nos indica a prévia existência de um “*auto de procesamiento*” contra a concreta pessoa sobre qual recai a escuta. Este “*auto de procesamiento*” será elaborado contra determinada pessoa quando sobre ela existam indícios racionais de responsabilidade criminal⁵³ e apenas deve ser realizado em relação aos delitos mais graves⁵⁴, isto é, aqueles em que são previstas penas aplicáveis superiores a 9 anos⁵⁵.

Esta delimitação implícita de delitos que poderão legitimar a realização da intervenção telefónica não é, no entanto, satisfatória, uma vez que os crimes considerados mais graves constituem um grupo demasiado alargado.

A problemática dos conhecimentos fortuitos, perante o regime espanhol previsto para as escutas telefónicas, terá, pelo exposto, que ser analisada tendo em consideração que, apesar de excluídos os delitos menos graves, não é previsto um catálogo de delitos legitimadores da escuta, ao contrário do que acontece no regime português. Esta ausência de um catálogo legal não exclui, porém, a necessidade de uma autorização judicial fundamentada num delito em concreto.

As questões centrais no nosso estudo poder-se-ão igualmente colocar: qual a solução no caso em que seja concedida uma autorização judicial referente, obrigatoriamente como já se viu, a um delito grave, mas através da escuta vierem a ser obtidos conhecimentos consubstanciadores de um delito menos grave, que nunca poderia ter dado lugar à intervenção? E se através da escuta forem descobertos factos consubstanciadores de um outro delito grave que não aquele que legitimou a intervenção?

⁵¹ SSTC 13/1985 [RTC 1985, 13] e 37/1989 [RTC 1989, 37] *apud* López Barja de Quiroga, *Tratado...*, pág.1109.

⁵² Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado...*, pág. 1109.

⁵³ Artigo 384. da LECrim

⁵⁴ Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado...*, pág. 1109.

⁵⁵ Uma vez que o artigo 384. da LECrim estabelece que os indícios devem resultar do “sumario” e a fase ou período sumarial apenas tem lugar no procedimento ordinário, que é precisamente o procedimento destinado a processar os delitos em que se preveja penas privativas de liberdade superiores a 9 anos.

3.2.1 - Doutrina

Lamentavelmente, a letra da lei apenas aponta para a distinção relativa ao “*procesado*”, excluindo, assim, os delitos menos graves; nenhuma outra distinção é feita, obrigando o intérprete aplicador a partir apenas dessa distinção.

Da delimitação dos delitos que podem servir de fundamento à intervenção telefónica, pode-se retirar, então, que não foi intenção do legislador permitir a ingerência nas comunicações telefónicas baseadas em delitos ditos menos graves, isto é, a investigação de qualquer delito não será suficiente para levantar a garantia constitucional do segredo nas comunicações⁵⁶. Temos, pois, que se apenas os delitos mais graves poderão legitimar a escuta e se através da desta são conhecidos factos consubstanciadores de delitos menos graves que nunca poderiam legitimar a intervenção, a proibição de valoração desses factos impõe-se como consequência categórica.

A solução à segunda questão supra colocada reclama maiores esclarecimentos. No entendimento de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA⁵⁷, praticamente isolado neste ponto, se os factos conhecidos forem imputados a pessoa diversa daquela que foi sujeita à escuta, esses factos não poderiam ser valorados, pois faltariam as garantias legalmente estabelecidas em relação à escuta⁵⁸. Pelo contrário, se os factos conhecidos disserem respeito à mesma pessoa que foi sujeita à escuta, então a solução passará pela admissibilidade cautelosa de valoração desses conhecimentos.

Esta última situação — factos consubstanciadores de outro delito grave — não se confunde com os casos em que os novos factos conhecidos apresentem uma “conexão” com um delito potencialmente legitimador da escuta. Neste caso, à semelhança da jurisprudência⁵⁹ e doutrina maioritária alemã, se os novos factos pertencerem ainda ao mesmo “pedaço de vida” de um delito grave, isto é, se com aquele formarem uma “unidade processual”, serão esses factos valorados como verdadeiros conhecimentos da

⁵⁶ Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado...*, pág. 1111.

⁵⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado...*, pág. 1111.

⁵⁸ Autores como LÓPEZ-FRAGOSO, MORENO CATENA ou ALONSO PÉREZ admitem a valoração contra terceiros de conhecimentos fortuitos relativos aos crimes mais graves, isto é, passíveis de legitimarem a intervenção telefónica. Já MARTIN MORALES apenas admite a valoração contra terceiros caso estes sejam participantes. *apud* Guedes Valente, *Conhecimentos Fortuitos – A Busca de um Equilíbrio Apuleiano*, 2006, pág. 122.

⁵⁹ Entendimento seguido pelo BGH na sua decisão de 15.3.1976 e mais tarde modificado na decisão de 18.3.1998 como já visto no ponto 3.1.4.

investigação se tratassem. Esta conexão é, no entendimento da doutrina majoritária espanhola⁶⁰, aferida com recurso ao artigo 17.5 e 300. da LECrim.

Contrariamente, se os conhecimentos obtidos através da escuta não apresentarem sequer a tal “conexão” com um delito grave, estaremos na presença de verdadeiros conhecimentos fortuitos — *hallazgos o descubrimientos casuales* — que deverão ser considerados apenas enquanto *notitia criminis* dando lugar a uma nova investigação criminal⁶¹.

3.2.2 - Jurisprudência

Debruçando-nos, agora, sobre a experiência jurisprudencial no tocante à discussão em torno da valoração dos conhecimentos fortuitos, confrontamo-nos com orientações nem sempre coincidentes. Apesar de os critérios utilizados nem sempre serem coincidentes, a jurisprudência, tem vindo, no seu essencial, a recorrer a dois critérios fundamentais: o do flagrante delito e o da regra da conexão.

O critério da conexão é, como já se disse, fundamentado nos artigos 17.5 e 300 da LECrim, argumentando-se que no tocante aos “*hallazgos casuales*” não haverá novação do objecto da investigação, mas apenas uma simples adição.

O critério do flagrante delito é tido como válido e utilizado em decisões referentes a buscas domiciliárias mas não em decisões relativas a intervenções telefónicas. O Tribunal Supremo espanhol considera⁶² que a intervenção telefónica incide directamente na esfera de intimidade dos indivíduos, que são tidos enquanto fonte de prova, sendo, por isso, exigidas maiores garantias para a realização da intervenção. Pelo contrário, a inviolabilidade do domicílio apenas se refere a um objecto pertencente à esfera de investigado e, assim, uma vez autorizada a busca e apreensão de provas encontradas, a protecção garantística há-de ser menor do que no primeiro caso.

O princípio da especialidade não vigora com a mesma intensidade em ambas as situações, sendo menos intenso no caso das buscas. Isto é, se no decorrer de uma busca domiciliária são descobertos objectos constitutivos de um possível delito distinto

⁶⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado...*, pág. 1252 e LÓPEZ-FRAGOSO, MORENO CATENA e ALONSO PÉREZ, *apud* Guedes Valente, *Conhecimentos Fortuitos – A Busca de um Equilíbrio Apuleiano*, 2006, pág. 122.

⁶¹ Cfr LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, págs. 69 e ss, como também ALONSO PÉREZ, *Medios de Investigación en el Proceso Penal*, 2003, pág. 422, *apud* Guedes Valente *Conhecimentos Fortuitos – A Busca de um Equilíbrio Apuleiano*, 2006, pág. 122.

⁶² Cfr. Sentença do Tribunal Supremo espanhol de 8 de Março de 1994, *apud* López Barja de Quiroga, *Tratado...*, págs. 1249 e 1250.

daquele que esteve na base da autorização, tais objectos caberão na situação de “*flagrancia*”, isto é, na “*situación fáctica en la que la comisión del delito se percibe con evidencia e exige por ello una inmediata intervención*”⁶³. Uma vez perante tal situação, a imediata apreensão de tais objectos será uma consequência da norma geral contida no artigo 286. da LECrim, máxime em casos como o exposto em que o novo delito será “*añadido*” ao objecto da investigação.

No mesmo sentido se pronuncia o Tribunal Supremo espanhol na STS 167/2010, de 24 de Fevereiro, assinalando no essencial que, além da regra da conexão, a teoria da “*flagrancia*” tem sido uma das utilizadas para dar cobertura aos conhecimentos fortuitos, fazendo referencia à sentença 315/2003, de 4 de Março, que expressamente reconhece a validade da busca e da apreensão de objectos consubstanciadores de um outro delito que não o delito legitimador da busca. Acrescenta que, na sentença 742/2003, de 22 de Maio, é igualmente considerado que nada impede que numa busca se possa obter provas de outro delito distinto que não aquele que esteve na base da autorização. Pelo contrário, nos casos de intervenções telefónicas o critério a seguir não poderá ser o mesmo, pois esta, pela sua própria natureza pressupõe uma prolongação temporal que permite, nos casos em que são escutadas conversas referentes a outras condutas ilícitas, uma ampliação da autorização judicial habilitante. Não sucede o mesmo no caso das buscas, pois estas caracterizam-se por se realizarem num único acto, daí resultando que se descobertos objectos passíveis de consubstanciar um delito distinto daquele que legitimou a medida, tais descobrimentos inserem-se numa situação de “*flagrancia*”.

Pelo exposto, podemos concluir que o tratamento dos conhecimentos fortuitos é distinto consoante estejamos no âmbito das buscas ou no âmbito das escutas telefónicas. Verifica-se, desde logo, um apartar de águas quanto à validade do critério do flagrante delito, sendo rejeitada a sua validade nos casos de intervenções telefónicas através das quais são obtidos conhecimentos fortuitos, isto é, conhecimentos que não se referem ao delito legitimador da escuta nem que com este apresentem uma “conexão processual”.

Procurando alcançar, então, uma solução concreta para o tratamento conferido aos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas, cabe analisar a importante decisão (e decisões nela alicerçadas) do Tribunal Supremo espanhol de 18.06.1994 no denominado “*Caso Naseiro*”.

⁶³ Sentido de “*flagrancia*” apontado pelo Tribunal Constitucional espanhol na STC 341/1993, de 18 de Novembro (RTC 1993, 341) *apud* López Barja de Quiroga, *Tratado...*, pág. 1250.

A decisão proferida no âmbito do “*Caso Naseiro*” foi especialmente importante pelo facto de ter introduzido um importante factor de controlo judicial no âmbito das intervenções telefónicas. De facto, sustentou o Tribunal que uma vez escutadas conversações onde fossem descobertos factos consubstanciadores de outro delito que não aquele que esteve na base da autorização, deveriam os órgãos policiais comunicá-los imediatamente ao juiz de instrução. Este poderá proceder a uma ampliação da autorização judicial, ampliando o objecto da investigação de forma a incluir os novos conhecimentos, ou, caso os conhecimentos não apresentem qualquer conexão com o delito legitimador da intervenção, determinar que restará apenas a possibilidade de uma independente investigação em relação a tais factos.

Finalmente, no tocante ao aproveitamento dos conhecimentos enquanto *notitia criminis*, na sentença de 21.07.2000, vai o Tribunal Supremo um pouco mais longe no que toca ao princípio da proporcionalidade, exigindo que, para que os conhecimentos fortuitos possam servir para iniciar uma nova e independente investigação, estes deverão necessariamente referir-se a delitos que poderiam fundamentar uma intervenção telefónica independente⁶⁴. Temos, pois, que o Tribunal exclui a possibilidade de aproveitamento probatório, enquanto *notitia criminis*, dos conhecimentos fortuitos que se refiram a delitos que não poderiam legitimar uma intervenção telefónica⁶⁵.

3.3 - Contributo português

Neste ponto do nosso estudo procuraremos analisar a evolução jurisprudencial e doutrinal no domínio da problemática em torno dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas. Trataremos, ainda, de algumas questões conexas, como a figura do efeito-à-distância e as proibições de prova resultantes da valoração indevida de conhecimentos fortuitos.

⁶⁴ Em sentido contrário, a decisão do Tribunal Supremo espanhol de 7.03.1998 assinalando que: “en los supuestos en los que se investiga un delito concreto y se descubre outro distinto, no puede renunciarse a investigar la *notitia criminis* incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a outro fin, aunque ello pueda hacer precisa una nueva o específica autorización judicial o una investigación diferente de la del punto de arranque”, *apud* Anna Marco Urgell, *Análisis Jurisprudencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E.)*, Universitat Autònoma de Barcelona, 2008, pág. 151

⁶⁵ Os delitos considerados menos graves, isto é, aqueles em que se prevêem penas de prisão não superiores a 9 anos.

Consideramos, no entanto, essencial uma breve análise do regime actual das escutas telefónicas para uma melhor compreensão da evolução jurisprudencial e doutrinal em torno do objecto do nosso estudo.

3.3.1 Regime actual das escutas telefónicas

No domínio dos meios de obtenção de prova, as escutas telefónicas ocupam um lugar de especial delicadeza, pela circunstância de acarretarem uma “manifesta e drástica danosidade social”⁶⁶, quer no tocante aos direitos ou interesses lesados, quer no tocante à gravidade da própria lesão.

Atento à especial danosidade social das escutas, o legislador rodeou o recurso a este meio de obtenção de prova das maiores cautelas, consagrando um regime fortemente marcado pelas exigências decorrentes do princípio da proporcionalidade.

O regime previsto no artigo 187º do CPP, estabelece, desde logo, que o recurso às escutas telefónicas só será legítimo quando, além de preenchidos os demais requisitos, esteja em presença um crime do catálogo legal aí estabelecido, excluindo cabalmente a realização de escutas telefónicas fundamentadas por delitos extra-catalogares.

Determina, de igual forma, a exigência de um procedimento criminal em curso após abertura do inquérito, vedando a hipótese de recurso a escutas telefónicas enquanto meio de vigilância criminal. Esta exigência expressa foi introduzida aquando da alteração ao Código de Processo Penal operada pela Lei nº 48/2007, de 29 de Agosto, mas já no âmbito da lei anterior a realização da escuta, por força do imperativo constitucional estabelecido no artigo 34º, nº4 da CRP, só seria admissível quando o processo criminal estivesse já pendente⁶⁷.

Outra exigência contida no regime legal das escutas telefónicas, pressupõe a existência de *razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter*.

Desde logo, o legislador exige que a diligência seja indispensável para a descoberta da verdade ou da prova, não bastando apenas um mero interesse ou, ainda,

⁶⁶ Costa Andrade, *Sobre as Proibições...*, 1994, pág. 280.

⁶⁷ MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal Volume II*, 2002, pág. 222 e Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República de 9.4.1992 *apud* André Lamas Leite, “As escutas telefónicas – Algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivadas da respectiva violação”, in *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, Ano I, 2004, pág. 22.

que a obtenção da prova por outros meios seja impossível ou muito difícil. Não será, pois, legítima a realização de escutas nos casos em que a prova possa ser obtida, sem particulares dificuldades, através de meios menos restritivos de direitos fundamentais, sendo entendimento pacífico que o mero aumento de custos materiais ou horas de trabalho não fundamentarão legitimamente a realização de uma escuta⁶⁸. “Em princípio, as instâncias de persecução penal só devem recorrer às escutas telefônicas depois de terem esgotado todas as outras possibilidades de investigação”⁶⁹.

Esta exigência reclama um juízo de proporcionalidade em sentido lato, ancorado no artigo 18, nº 2 da CRP — *nas vertentes da necessidade, adequação e proporcionalidade stricto sensu* — que foi reforçado com a redacção do preceito introduzida na reforma de 2007. A anterior redacção exigia apenas *que a diligência se revelasse de grande interesse para a descoberta da verdade ou da prova*, o que pressupunha um juízo de proporcionalidade pouco apertado e manifestamente desadequado no domínio de um meio de obtenção de prova tão lesivo de direitos fundamentais como as escutas telefônicas.

O regime do artigo 187º do CPP prevê ainda uma importante limitação no domínio das comunicações entre o arguido e o seu defensor. O nº 5 do referido preceito tutela a relação de segredo e confiança entre o arguido e o seu defensor⁷⁰, apartando este último do regime estabelecido para os demais mediadores de notícias. Nomeadamente, “face às demais pessoas legitimadas, a qualquer título, a sobrepor os segredos de que são portadoras ou as relações de confiança em que estão comprometidas, ao dever de colaboração com a justiça penal”⁷¹.

O referido preceito prevê, no entanto, uma limitação à tutela da especial relação de segredo e confiança entre o arguido e o seu defensor. Assim, é proibida a interceptação das comunicações, *salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objecto ou elemento de crime*. Ora, a lei parece referir-se ao objecto ou elemento do crime que concretamente legitimou a escuta e não a qualquer outro⁷², não podendo as

⁶⁸ COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, 1994, pág. 291.

⁶⁹ RUDOLPHI *apud* COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, 1994, pág. 291.

⁷⁰ A “funcionalidade da defesa” não pode assegurar-se sem “a forte confidencialidade da troca de informações” entre arguido e o seu defensor, Cfr. WELP *apud* Costa Andrade, *Sobre as Proibições...*, 1994, pág. 295 e 296.

⁷¹ COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, 1994, pág. 294.

⁷² Cfr. MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal – Volume II*, 2008, pág. 302.

suspeitas de crime favorecimento pessoal, auxílio material ou receptação, fundamentar, sem mais, a escuta entre o arguido e o seu defensor⁷³.

Ainda no que toca às relações de segredo e de confiança, é entendido pela doutrina maioritária⁷⁴ que, apesar do silêncio da lei, a proibição de interceptação de comunicações prevista para o arguido e o seu defensor é extensível às conversações com outras pessoas legitimadas pela lei processual a recusar depoimento em nome do segredo de justiça⁷⁵. Porém, a solução não será a mesma quando as comunicações envolvam as pessoas titulares do direito de recusa de depoimento como testemunha⁷⁶, uma vez que, ao contrário do que sucede com os portadores de segredo profissional, “o direito ao silêncio destas pessoas não está ao serviço da salvaguarda de prevacentes interesses da comunidade, (...) o que explica que sobre eles não impenda nenhum dever de silêncio”⁷⁷.

Com a alteração do artigo 187º levada a cabo através da Lei nº 48/2007, foram introduzidas novas e necessárias disposições. Desde logo, a autorização judicial passa a ter uma duração máxima de três meses, sendo, no entanto possível, a sua renovação por períodos idênticos, mas apenas desde que se encontrem preenchidos os requisitos de admissibilidade gerais⁷⁸. A grande vantagem da previsão de um limite temporal para a autorização da escuta, prende-se com a obrigação que recai sobre o juiz de instrução, de controlar, periodicamente, a manutenção dos requisitos que estiveram na base da primitiva autorização judicial.

Outra disposição introduzida em 2007 diz respeito ao universo de sujeitos passíveis de ser escutados legitimamente. O nº 4, do artigo. 187º do CPP, estabelece que as escutas telefónicas só podem ser autorizadas contra um elenco taxativo de sujeitos, o que de uma perspectiva garantística, representa um passo importante. Assim, a autorização só poderá ter como alvo, a) *suspeitos ou arguidos*, b) *pessoa que sirva de intermediário*⁷⁹, *relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou*

⁷³ COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, 1994, pág. 299.

⁷⁴ Assim, COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, 1994, pág. 300 e 301 e MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal – Volume II*, 2008, pág. 302.

⁷⁵ Cfr. artigo 135º do CPP.

⁷⁶ Previstas no art. 134º do CPP.

⁷⁷ RUDOLPHI *apud* Costa Andrade, *Sobre as Proibições...*, 1992, pág. 302 e 303.

⁷⁸ Artigo 187º, nº 6 do CPP, introduzido pela Lei 48/2007, de 29 de Agosto.

⁷⁹ O Acórdão do TRL de 6.12.2007 contempla uma noção ampla de “intermediário”. Assim, “Deverá considerar-se que, “intermediário”, para o fim referido no art.º 187º, n.º4 CPP, será todo aquele que, pela sua proximidade com o arguido ou suspeito, seja-o por razões de ordem familiar, seja-o por razões de amizade, ou por quaisquer outras que levem ao contacto entre ambos, ainda que ocasional ou forçado, se prefigure como potencial interlocutor, por qualquer uma das formas previstas nos artºs. 187.º e

transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido e c) vítimas de crimes, mediante consentimento, efectivo ou presumido.

Por último, foi ainda introduzida uma disposição⁸⁰ que, embora não o faça de forma expressa, vem dispor, pela primeira vez no ordenamento jurídico português, sobre os conhecimentos fortuitos resultantes de uma escuta legalmente autorizada. Com uma redacção muito similar ao correspondente preceito no ordenamento alemão, estabelece o legislador português, o aproveitamento extra-processual dos conhecimentos fortuitos.

Estes conhecimentos fortuitos poderão ser utilizados em outro processo, em curso ou a instaurar, desde que resultem de interceptação de meio de comunicação utilizado por pessoa referida no nº 4 e na estrita medida em que sejam indispensáveis à prova de um crime previsto no catálogo do nº 1. É, no entanto, ressalvada a hipótese da transmissão dos conhecimentos ao MP, enquanto e na medida em que consubstanciem uma *notitia criminis*.

Traçadas as linhas fundamentais do regime legal previsto para as escutas telefónicas, poderemos, então, avançar para uma apreciação aprofundada da problemática dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas.

3.3.2 – Doutrina

A doutrina portuguesa, apesar de muito se debruçar sobre a problemática e regime das escutas telefónicas, pouco avança no que toca a soluções inovadoras ou contrárias àquelas já tidas como pacíficas.

No tocante à matéria em análise, os ensinamentos de COSTA ANDRADE⁸¹ ocupam, invariavelmente, um lugar de destaque na doutrina portuguesa. O autor levou a cabo, ainda na primeira metade da década de 90, uma análise da jurisprudência e doutrina alemãs, incontornável até aos dias de hoje. Ademais, os seus ensinamentos e

189.º do C.P.P., e sobre o qual, pela respectiva autoridade judiciária, recaiam suspeitas fundadas de, nos referidos contactos, serem discutidos assuntos que, directa ou indirectamente, se prendam com o crime em investigação, sendo sempre certo que aquilo que não vier a ser utilizado como meio de prova será posteriormente destruído. A mediação aqui prevista não pressupõe que o referido interlocutor, que não poderá ser, igualmente, um agente do crime, tenha um papel activo na recepção ou transmissão da mensagem. A sua acção pode ser puramente passiva, pois que não é o seu comportamento que aqui se visa, mas, tão só, o de alguém que, sendo suspeito ou arguido da prática de um crime, com aquele se possa relacionar, e com fortes probabilidades de, nos respectivos contactos, falarem do mesmo crime”.

⁸⁰ Art. 187º, nº 7, do CPP, introduzido pela Lei 48/2007, de 29 de Agosto.

⁸¹ Primeiramente no seu estudo *Sobre o Regime Processual das Escutas Telefónicas*, RPCC 3, 1991, págs. 369 e ss, tendo, no ano seguinte, este estudo sido integrado na sua obra mais vasta *Sobre as Proibições...*, 1992.

conclusões são, quase pacificamente, aceites e seguidas pela restante doutrina e jurisprudência portuguesas.

COSTA ANDRADE⁸² começa, desde logo, por desaconselhar o estabelecimento de um critério conceptual “esgotante e exclusivo” na contraposição entre conhecimentos da investigação e conhecimentos fortuitos. Considera mais prudente acompanhar WOLTER “na tentativa de identificar algumas constelações típicas cuja pertinência aos conhecimentos da investigação aparece como mais óbvia”, defendendo o alcance preferencialmente residual dos conhecimentos fortuitos.

Considera o autor, na esteira de WOLTER, como pertinentes aos conhecimentos da investigação, os factos que se encontrem numa relação de concurso ideal e aparente com o crime que motivou e legitimou a realização da escuta telefónica, valendo a mesma solução para os delitos alternativos que com ele estejam numa relação de comprovação alternativa de factos.

Da mesma forma, defende o autor a recondução à figura e regime dos conhecimentos da investigação dos crimes que, no momento em que é decidida a escuta em relação a uma associação criminosa, aparecem como constituindo a sua finalidade ou actividade e ainda, das diferentes formas de comparticipação (autoria e cumplicidade), bem como das diferentes formas de favorecimento pessoal, auxílio material ou receptação.

No tocante aos conhecimentos fortuitos nos casos de associação criminosa, considera que estes poderão ser valorados mesmo que não se tratem de crimes do catálogo, desde que, como exigência mínima, se verifique acusação pelo crime do catálogo, de forma a obviar o perigo de “induzir o expediente fácil da invocação de um crime de associação criminosa, apenas com o propósito de, em contravenção da intencionalidade da lei, estender as escutas telefónicas a crimes a que a medida não poderia, pura e simplesmente, aplicar-se”, como alerta ROXIN⁸³.

COSTA ANDRADE acolhe o entendimento da doutrina e jurisprudência alemãs na parte em que reclamam como exigência mínima para uma possível valoração, que os conhecimentos fortuitos se reportem a um crime do catálogo, considerando ser mais consistente a posição dos autores⁸⁴ que, a par do crime do catálogo, “fazem intervir exigências complementares tendentes a reproduzir aquele estado de necessidade

⁸² COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, 1992, pág. 305 e ss.

⁸³ *Apud* Costa Andrade, *Sobre as Proibições...*, 1992, pág. 311.

⁸⁴ Cfr. ponto 3.1.1 do presente estudo.

investigatório” que o legislador terá representado como fundamento legitimador da efectivação das escutas telefónicas.

Cerca de uma década volvida desde a enunciação desta doutrina por COSTA ANDRADE, temos por relevantes as várias questões colocadas por FRANCISCO AGUILAR⁸⁵ no tocante ao apartar de águas conceptual entre conhecimentos da investigação e conhecimentos fortuitos.

O autor, atentando na identificação de “algumas constelações típicas cuja pertinência aos conhecimentos da investigação aparece como mais óbvia” avançada por COSTA ANDRADE, na esteira de WOLTER, começa por questionar a ausência total nesta doutrina de uma qualquer referência “a um critério objectivo com assento legal” e ainda, o “carácter não fechado da amostragem indicada” por COSTA ANDRADE.

FRANCISCO AGUILAR não considera admissível o recurso a um critério de cariz exclusivamente “consensual” como parece caracterizá-lo COSTA ANDRADE, quando se trata de proceder a uma distinção com tamanha relevância constitucional e processual.

Alerta o autor para o perigo de numa amostragem não fechada tal como a propugnada por COSTA ANDRADE, resultar num critério que reside unicamente na doutrina e jurisprudência, podendo estas, em situação limite, esvaziar de tal maneira o conceito de conhecimentos fortuitos que deixe de fazer sentido a distinção de que agora nos ocupamos.

Das considerações desenvolvidas pelo autor, resulta como lógica a proposta de um critério legal que concretiza, no entender do autor, a ideia de unidade de investigação processual entre o crime que legitimou a escuta telefónica e o crime (pertencente ou não ao catálogo) a que respeitam os conhecimentos obtidos.

No entendimento de FRANCISCO AGUILAR, uma aproximação ao conceito de “unidade de investigação processual” só é susceptível de ser configurada no nº 1 do artigo 24º do CPP; “isto é, os critérios objectivos vertidos neste preceito legal com o fim de determinar a conexão de processos consubstanciam crivos válidos no sentido de tornar operativo o referido conceito de “unidade processual””⁸⁶.

Não rejeitando a pertinência de todas as constelações típicas referidas à categoria de conhecimentos da investigação, o autor considera-as presentes nas diferentes alíneas

⁸⁵ FRANCISCO AGUILAR, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 19 e ss.

⁸⁶ Nega o autor qualquer relevância do artigo 25º do CPP, uma vez que “*a ratio* do preceito, sendo única e exclusivamente a economia processual, não é susceptível de aflorar a ideia de uma mesma “situação histórica de vida””, FRANCISCO AGUILAR, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 21.

do nº 1 do artigo 24º do CPP. Desde logo, os casos de concurso ideal e aparente com o crime que legitimou a escuta telefónica são susceptíveis de determinar a aplicação da alínea a), “pois a mesma contempla o caso de concurso ideal e ainda, a hipótese de delitos alternativos, “na medida em que se são conhecimentos da investigação os casos de concurso ideal de crimes, impor-se-á a mesma qualificação *a fortiori* para os casos em que, tendo sido praticado apenas um crime, se trate de um facto em relação de alternatividade em face do facto legitimador da escuta telefónica; no que toca aos factos que constituem a actividade ou finalidade da associação criminosa, estes encontram correspondência nas alíneas b) e d), pois que “aqueles serao efeito desta última”; quanto aos diferentes casos de comparticipação, a letra da lei admite-os nas alíneas c) e d); finalmente, quanto às formas de favorecimento pessoal, auxílio material ou receptação, estas são enquadráveis nas alíneas b) e d) “já que estes se destinam a ocultar os crimes que legitimarão as escutas telefónicas”⁸⁷.

Em suma, o autor propugna o recurso ao critério vertido no nº 1 do artigo 24º do CPP, de forma a dar cobertura legal e objectiva às diferentes constelações típicas avançadas pela jurisprudência e doutrina, mas não se esgotando nestas o seu conteúdo, podendo outras situações vir a ser consideradas como conhecimentos da investigação porque integrantes do conceito de “unidade de investigação processual”.

Conclui rejeitando a hipótese de valoração dos conhecimentos fortuitos obtidos através de uma escuta telefónica, pois inexistindo uma permissão de valoração relativa a estes conhecimentos, “vale a regra da proibição de valoração resultante dos artigos 18º, nº 2, 34º nº 4 e 32º nº 8, da CRP”. Haverá, no entanto, que ter presente que a referida posição do autor foi defendida em momento anterior à alteração que introduziu a norma do nº 7 do artigo 187º do CPP, que veio precisamente permitir, dentro de certos condicionalismos, a valoração extra-processual dos conhecimentos fortuitos.

Verificou-se igualmente na doutrina portuguesa, uma tomada de posição por parte de GERMANO MARQUES DA SILVA ainda na primeira metade da década de 90, concretizada de acordo com a redacção actual do artigo 187º do CPP⁸⁸.

O autor, no sentido do Supremo Tribunal Federal Alemão, admite apenas a” utilização dos conhecimentos fortuitos que se reportem a um dos crimes relativamente aos quais a escuta é legalmente admissível”, isto é, a um crime do catálogo legal.

⁸⁷ Cfr. FRANCISCO AGUILAR, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 23.

⁸⁸ MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal – Volume II*, 2008, pág. 306 a 309.

Entendimento que já perfilhava em momento anterior à alteração introduzida no normativo do artigo 187º do CPP, que veio conferir assento legal à referida solução.

Temos pois, que o autor, propugnando uma visão restritiva das normas que fixam os pressupostos da admissibilidade das escutas telefônicas e valoração dos conhecimentos através destas obtidos, não admite a extensão resultante do conceito de “conexão” com um crime do catálogo em termos de permitir a valoração dos conhecimentos “em conexão” ou que com o crime do catálogo constituam uma “unidade investigatória processual”.

Realça, ainda, o autor que o nº 7 do artigo 187º do CPP, vai agora mais longe, permitindo a utilização dos conhecimentos fortuitos não apenas em processo já é curso mas também em processo a instaurar, ampliando os pressupostos da admissibilidade da escuta telefônica.

Outros autores⁸⁹ se pronunciaram sobre a problemática dos conhecimentos fortuitos no domínio das escutas telefônicas, não avançado, porém, soluções ou colocando questões que nos pareçam de especial relevância, limitando-se, no essencial, a expor as soluções já anteriormente encontradas, aderindo a umas ou outras.

Procedendo agora, a uma breve análise da problemática do efeito à distância dos conhecimentos fortuitos⁹⁰ face às teses que admitem e as que não admitem ou admitem sob condição a valoração dos conhecimentos fortuitos, temos como teoricamente relevantes as orientações propugnadas pelo BGH na sua decisão de Fevereiro de 1978, donde resultou a decisão pela proibição de valoração de provas secundárias advindas da interceptação de conversações telefônicas sempre que o conhecimento fortuito se reportar a um crime não catalogar.

Na doutrina portuguesa destaca-se COSTA ANDRADE que segue a tese da interpretação restritiva, na esteira de BULKE, admitindo o afastamento do efeito-à-distância apenas nos casos em que se verifique, não apenas um alto grau de probabilidade de que a obtenção das provas secundárias se alcançariam sem violação da lei, mas também uma convicção judicial idêntica à da sustentação da condenação do arguido, valorando-se “*pro reo* os coeficientes de dúvida e indeterminação em concreto

⁸⁹ Entre outros, GUEDES VALENTE, *Processo Penal- Tomo I*, 2010, págs. 559 e ss., GUEDES VALENTE, *Conhecimentos Fortuitos – A Busca de um Equilíbrio Apuleiano*, 2006, ANDRÉ LAMAS LEITE, “*As escutas telefônicas – Algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivadas da respectiva violação*”, in Revista da Faculdade de Direito do Porto, Ano I, 2004.

⁹⁰ Como já havíamos deixado enunciado no ponto 2.1.

subsistentes”⁹¹. Temos pois, que, neste domínio, a soluções relativas à possibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos (provas secundárias) deverão ser encontradas, caso a caso, de acordo com o preenchimento dos condicionalismos apontados, entre nós, por COSTA ANDRADE.

A finalizar, temos por relevante tecer algumas considerações relativas às consequências jurídicas da proibição de valoração de prova que sobre os conhecimentos fortuitos recai. Estamos, neste domínio, perante uma proibição de valoração independente⁹², cuja violação importa o desvalor jurídico da nulidade, de acordo com o disposto no artigo 190º do CPP que estabelece que “os requisitos e condições referidos nos artigos 187º, 188º e 189º são estabelecidos sob pena de nulidade. Mas que tipo de nulidade será estabelecida no domínio dos referidos artigos?

As características apontadas à nulidade estabelecida no artigo 190º do CPP divergem na doutrina portuguesa. Autores como SIMAS SANTOS, LEAL HENRIQUES⁹³ ou MAIA GONÇALVES⁹⁴ defendem tratar-se de nulidade sanável, salvo nos casos de falta de ordem ou de autorização judicial. Autores como COSTA PIMENTA consideram estarmos perante uma nulidade dependente de arguição⁹⁵

Da conjugação dos normativos previstos nos artigos 126º, nº 1 e 3, do CPP e 32º, nº 8 da CRP, autores como GERMANO MARQUES DA SILVA, COSTA ANDRADE E FRANCISCO AGUILAR, defendem tratar-se de uma proibição de prova, isto é, a proibição de prova é o desvalor conferido à violação da proibição de valoração ilegal de conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas.

No entendimento de FRANCISCO AGUILAR⁹⁶, estaremos perante uma nulidade *sui generis* de proibição de prova, uma vez que, como salienta ALVES MEIREIS⁹⁷ a “utilização, neste domínio, de expressões tais como nulidade insanáveis ou absolutas estimularia a ideia da existência, em matéria de proibições de prova, de nulidades absolutas ou relativas”. Contraposição que, também no nosso entendimento,

⁹¹ COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, 1992, pág. 316.

⁹² Proibição de valoração independente porque não decorre de uma proibição de produção; a proibição recai apenas sobre a valoração.

⁹³ SIMAS SANTOS E LEAL HENRIQUES, *Código de Processo Penal Anotado*, 1º Vol., pág. 721.

⁹⁴ MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado*, 17ª Edição, anot. ao artigo 190º.

⁹⁵ *Apud* MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal – Volume II*, 2008, pág. 309.

⁹⁶ FRANCISCO AGUILAR, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 88.

⁹⁷ ALVES MEIREIS, *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*, 1999, pág. 191, *apud* FRANCISCO AGUILAR, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 88

não se verifica verdadeira, uma vez que em sede de proibições de prova os efeitos da nulidade serão sempre os mesmos.

Temos pois, que o regime das proibições de prova, apesar de próximo do das nulidades insanáveis, com este não se confunde⁹⁸. Assim e em suma, poderão as proibições de prova, na medida em que são insusceptíveis de validação, ser objecto de conhecimento e declaração officiosos pelo tribunal⁹⁹ até decisão final, não se convalidando, porém, com o trânsito em julgado da decisão, o que importa a admissibilidade de invocação de provas proibidas utilizadas para fundamentar a condenação enquanto fundamento para a interposição de recurso extraordinário de revisão, de acordo com o estabelecido no artigo 449º, nº 1 al. e), do CPP.

3.3.3 – Jurisprudência

O tema dos conhecimentos fortuitos obtidos no âmbito de escutas telefónicas não apresenta um complexo tratamento por parte dos nossos tribunais superiores. Ao invés, são escassas as decisões que verem sobre esta problemática.

A primeira decisão que abordou, ainda que de forma indirecta, a questão dos conhecimentos fortuitos, foi a decisão do Tribunal da Relação de 11.1.1995. Neste acórdão, a referência aos conhecimentos fortuitos é meramente indirecta, uma vez que o Tribunal apenas alude à questão dos conhecimentos fortuitos a título de exemplo relativo à exigência de uma interpretação restritiva das normas contidas nos artigos 187º e seguintes do CPP, de modo a evitar interpretações extensivas ou aplicações analógicas no domínio destas normas.

Na sua argumentação, o Tribunal afirma que *“em matéria de escutas é já aceite, como princípio de observância obrigatória, o da proibição dos conhecimentos fortuitos que não estejam em conexão com um crime do catálogo”*¹⁰⁰. Trata-se, como já vimos,

⁹⁸ Como escreve COSTA ANDRADE, “(o artigo 118º, nº3 do CPP) deverá ser interpretado como expressão positivada da intencionalidade do legislador de consagrar as proibições de prova, adscrevendo-lhe uma disciplina que transcende o regime das nulidades processuais...”, COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, 1992, pág. 194.

⁹⁹ Neste sentido, MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal – Volume II*, 2008, pág. 310 e FRANCISCO AGUILAR, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 89.

¹⁰⁰ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11.01.1995, consultado em www.dgsi.pt.

da solução maioritariamente proposta pela jurisprudência e doutrina alemãs, defendida, entre nós, por COSTA ANDRADE¹⁰¹.

Apesar de enunciar a referida tese, o Tribunal da Relação não procede a uma explicitação do conceito de conhecimentos fortuitos, nem a sua distinção em relação aos conhecimentos da investigação.

Da mesma forma, é omissa uma qualquer explicitação do que se deverá entender por “conexão” com um crime do catálogo.

Da argumentação do Tribunal, resulta, pois, *a contrario* a permissão de valoração dos conhecimentos fortuitos em conexão com um crime do catálogo. Solução que “parece contradizer as premissas do raciocínio do Tribunal do Porto”, como sugere FRANCISCO AGUILAR¹⁰².

O autor questiona se a permissão de valoração dos conhecimentos fortuitos em conexão com um crime do catálogo não será contraditória com a afirmação de que os pressupostos legais de valoração no âmbito dos artigos 187º e seguintes devem ser objecto de uma interpretação restritiva, a fim de evitar o recurso a interpretações extensivas e aplicações analógicas. Assim sendo, “não se deveria excluir toda e qualquer valoração dos conhecimentos fortuitos?”¹⁰³

Em suma, a decisão do Tribunal da Relação, apesar de ter sido a primeira a fazer referência à problemática dos conhecimentos fortuitos no âmbito dos artigos 187º e seguintes, pouco acrescentou neste domínio, aderindo (sem as exigíveis explicitações) à orientação decorrente da decisão de 15.3.1976 proferida pelo BGH e defendida, entre nós, de forma pioneira por COSTA ANDRADE.

Prosseguindo a análise jurisprudencial no domínio do objecto do nosso estudo, caberá, desde logo, referir que da exaustiva pesquisa por nós levada a cabo, resultou uma selecção de decisões¹⁰⁴ que, no nosso entender, tratam efectivamente da problemática em estudo ou de questões com esta intimamente conexas, tendo sido encontradas outras variadíssimas decisões onde o problema não se levanta (apesar de ser invocado pelos recorrentes) e onde os Tribunais cabalmente o excluem.

¹⁰¹ Cfr. COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, 1992, pág. 308.

¹⁰² Cfr. FRANCISCO AGUILAR, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 60 e 61.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ Porque limitados na dimensão do presente trabalho, optámos pela não inclusão de algumas decisões que apresentam, ainda, um considerável interesse para o nosso objecto de estudo, tais como o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11.10.2007, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29.4.2010 e o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 31.2.2012, consultados em www.dgsi.pt.

Feito o necessário esclarecimento, analisaremos num primeiro grupo as decisões proferidas em momento anterior à entrada em vigor da Lei nº 48/2007, de 29 de Agosto, que, como já se viu, introduziu o nº 7 do actual artigo 187º do CPP, consagrando o aproveitamento extra-processual dos conhecimentos fortuitos.

No acórdão de 23.10.2002 proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça¹⁰⁵, foi levantada a questão (no que ao nosso estudo importa) de saber qual a utilidade em determinado processo de dados recolhidos noutra processo através de escutas telefónicas.

O Tribunal entende que o problema se coloca a dois níveis: o dos conhecimentos fortuitos e o dos conhecimentos da investigação. No tocante aos últimos, o Tribunal faz uma breve explicitação do conceito, incluindo neste os casos de: *“delitos alternativos que com ele estejam numa relação de comprovação alternativa dos factos, de crimes que, no momento em que é decidida a escuta em relação a uma associação criminosa, aparecem como constituindo a sua finalidade ou actividade e ainda no caso de formas de comparticipação - autoria e cumplicidade e de formas de favorecimento pessoal, auxílio material ou receptação”*, seguindo os ensinamentos de COSTA ANDRADE.

Já no que respeita aos conhecimentos fortuitos, estes são definidos como *“conhecimentos obtidos de forma lateral e sem relacionamento com a investigação em curso”* e a questão é a de saber qual o seu valor probatório.

O Tribunal começa por referir que *“para situações tais não há disposição alguma na lei que as cubra directamente”*, seguindo, então, COSTA ANDRADE que *“admite ser possível conferir-se valor probatório aos conhecimentos fortuitos desde que respeitados dois princípios básicos”*: o primeiro, que exige, no mínimo, que esses conhecimentos se reportem a um crime de catálogo; *“o segundo, que pressupõe que no processo para o qual se transportam os dados assim recolhidos se considere que estes são absolutamente indispensáveis à concreta actividade investigatória, nos mesmos termos em que se condiciona a recolha directa de prova através das escutas telefónicas, e a que alude a parte final do n.º 1 do art.º 187º do CPP (houver razões para crer que a diligência se revelará de interesse para a descoberta da verdade ou para a prova)”*.

Em seguida, o Tribunal transcreve o trecho da supra referida decisão do TRP em que este refere o princípio da proibição dos conhecimentos fortuitos que não estejam em conexão com um crime do catalogo, avançando, então, que de acordo com a doutrina

¹⁰⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23.10.2002, consultado em www.dgsi.pt.

exposta, “o aproveitamento dos conhecimentos fortuitos através de escutas telefónicas será meio de prova válido e admissível se: as escutas de que provêm os conhecimentos fortuitos tiverem obedecido aos respectivos requisitos legais contidos no art.º 187º do CPP (prévia autorização judicial, referentes a crimes taxativamente indicados na lei - crimes de catálogo - e seu interesse para a descoberta da verdade ou para a prova); o crime ou crimes em investigação e para cujo processo se transportam os conhecimentos fortuitos constituírem também crimes de catálogo; o aproveitamento desses conhecimentos tiverem igualmente interesse para a descoberta da verdade ou para a prova no processo para onde são transportados; o arguido tiver tido possibilidade de controlar e contraditar os resultados obtidos por essa via”.

Temos, então, que o resultado inovador desta decisão do STJ se prende com estes últimos critérios avançados pelo Tribunal, cumpridos os quais, seria possível a valoração probatória dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas.

Na decisão de 16.10.2003 proferida, igualmente, pelo Supremo Tribunal de Justiça¹⁰⁶, a questão que o recorrente coloca prende-se com a circunstância de este ter sido sujeito a escutas telefónicas legalmente autorizadas no âmbito de um determinado processo e de, mais tarde, estas mesmas escutas terem sido objecto de valoração probatória num segundo processo em que o recorrente era também arguido.

O Tribunal, por entender que os conhecimentos obtidos através daquelas escutas telefónicas se tratam de conhecimentos da investigação e não de conhecimentos fortuitos, começa por afirmar que a utilização dos dados obtidos através das escutas realizadas no âmbito do primeiro processo está devidamente legitimada no segundo processo para o qual foram trasladados, enunciando um conjunto de argumentos, tais como: “os factos estão em íntima conexão uns com os outros, pois se trata do mesmo tipo de crime.” (...) “os crimes que são objecto destes autos estão na sequência da sua actividade delituosa anterior. Aliás, foi no seguimento da investigação que se vinha efectuando no âmbito daquele processo que o crime destes autos foi descoberto - crime esse que se insere na actividade investigatória que estava a ser desenvolvida, como se insere no mesmo tipo de criminalidade que tinha dado origem à autorização das intercepções e gravações telefónicas, pois estas tiveram precisamente como fundamento a possibilidade de se virem a descobrir crimes como o versado nestes autos.”

¹⁰⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16.10.2003, consultado em www.dgsi.pt.

Prosseguindo, o Tribunal realça o facto de não haver autonomia de investigação e de que *“estes factos têm que ser vistos à luz da conexão que intercede entre eles”* ou até, em relação a este concreto recorrente, *“como factos que dizem respeito ao mesmo processo, apesar de terem sido autonomizados”*. *“O facto de os processos não terem sido apensados não significa que a conexão não exista, como, além disso, a apensação não é forçosa, como resulta, desde logo, do art. 30º do CPP. O certo é que os factos apresentam conexão uns com os outros”*.

A argumentação do Tribunal assenta na ideia de que, apesar da autonomização dos factos em novo processo, toda a valoração probatória decorrente das escutas autorizadas no âmbito do primeiro processo, deve ser entendida como integrante do mesmo processo (apesar de valorados no segundo processo), porque decorrente da mesma actividade investigatória.

E ainda, considerando os conhecimentos obtidos através da escuta telefónica enquanto conhecimentos da investigação pois *“se reportam ao crime cuja investigação legitimou a sua autorização”* considera o Tribunal que *“nada repugna e até se justifica que os dados legalmente obtidos através das escutas telefónicas para determinados factos sejam extensíveis á prova dos demais factos que com eles tenham um polo de afinidade, assim se aproveitando os resultados de uma actividade que teve como escopo cobrir uma rede de criminalidade interligada”*, transcrevendo, nesta parte final, um trecho do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23.10.2002, por nós supra analisado.

O Tribunal conclui, então, que tratando-se de conhecimentos da investigação, os resultados obtidos através da escuta realizada no âmbito do primeiro processo se estendem legitimamente ao segundo processo, sendo certo que neste último ocorrem *“todos os pressupostos legais da validade das intercepções e gravações telefónicas, de acordo com as exigências dos artigos 187º e 188º do CPP”*.

A terminar, poderemos reter desta decisão do STJ que apesar de determinados factos virem a ser formalmente autonomizados em diferentes processos, isso não significará, sem mais, que os dados obtidos através de uma escuta autorizada no âmbito de um dos processos não devam ser trasladados para outro ou outros processos, deste que entre estes exista uma identidade subjectiva, uma efectiva conexão material (apesar de não apensados os processos) e que os resultados obtidos constituam conhecimentos da investigação.

No acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20.6.2007¹⁰⁷, a questão que se suscita prende-se com a autonomização de processos e com a possibilidade de extracção de certidão da prova obtida através de escutas telefónicas num primeiro processo e a sua utilização num segundo processo. A situação é muito semelhante à tratada no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça que acabámos de analisar.

A solução encontrada pelo Tribunal da Relação é, deste modo, inevitavelmente coincidente com a solução avançada pelo STJ na decisão de 16.10.2003. Temos, pois, que o Tribunal da Relação considera que *“não se suscitando qualquer dúvida quanto à validade das escutas telefónicas, (...) as mesmas podem ser valoradas no âmbito dos presentes autos, não se vislumbrando qualquer fundamento para que as transcrições das sessões telefónicas efectuadas percam validade por dos presentes autos apenas constar certidão, tendo o original ficado noutros autos de que estes foram autonomizados”*.

No mesmo sentido, realça o facto de que a situação em apreço nada tem a ver com a utilização de conhecimentos fortuitos, *“em que no âmbito de um determinado processo se obtêm elementos probatórios com base nos quais se abre novo processo, este destinado a apurar diferentes factos e a responsabilidade de outras pessoas”*.

Concluindo, considera o Tribunal que *“não obstante tratar-se de um novo processo autonomizado do inquérito original, o certo é que não pode deixar de entender-se, para o efeito, que as provas em causa – decorrentes das escutas telefónicas – foram obtidas no mesmo processo em que agora estão a ser valoradas”*, consagrando, desta forma, uma solução idêntica àquela já avançada pelo STJ na decisão de 16.10.2003.

Em momento posterior à alteração legislativa introduzida pela Lei nº 48/2007, de 29 de Agosto, que introduziu um preceito relativo ao aproveitamento extra processual dos chamados conhecimentos fortuitos, as decisões que sobre esta problemática passaram a dispor de fundamentação legal, a par das orientações propugnadas pela doutrina e jurisprudência alemãs que desde o primeiro acórdão¹⁰⁸ haviam sido seguidas pelos nossos tribunais superiores.

A primeira decisão por nós seleccionada trata-se de um acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11.9.2007¹⁰⁹, onde se coloca a questão da valoração probatória de

¹⁰⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20.6.2007, consultado em www.dgsi.pt.

¹⁰⁸ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11.1.1995, consultado em www.dgsi.pt.

¹⁰⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11.9.2007, consultado em www.dgsi.pt.

certos dados obtidos através de uma escuta telefônica realizada no âmbito de um primeiro processo, sendo posteriormente extraída certidão que veio a ser incorporada e valorada num segundo processo. Ora, a questão fulcral prende-se com a circunstância de a escuta ter sido autorizada, e portanto, fundada na suspeita de um crime de roubo qualificado e os conhecimentos obtidos casualmente através dessa escuta consubstanciarem um crime de tráfico de estupefacientes.

O recorrente começa por alegar que os conhecimentos obtidos através da escuta se traduzem em conhecimentos fortuitos, uma vez que não se reportam ao crime de roubo qualificado nem com este apresentam qualquer conexão. Em sentido contrário, entende o Tribunal da Relação que *“sendo patente, na perspectiva seguida, a existência de um pólo de afinidade que consistia nos indícios de sobreposição dos crimes que se investigavam e dos crimes a investigar que justificava o seguimento dessa linha com vista à eventual descoberta de uma rede de criminalidade interligada, como acontece amiúde”*.

Parece-nos que o Tribunal procurou justificar a “conexão” entre o crime de tráfico de estupefacientes e o crime de roubo qualificado legitimador da escuta, de forma a conseguir enquadrar o caso em apreço numa situação de criminalidade organizada ou interligada, como refere. No entanto, “a eventual descoberta de uma rede de criminalidade interligada” não poderá, no nosso entender, justificar a existência de uma conexão entre os dois tipos legais, sob pena de se subverter a lógica do regime, pois em bom rigor, muitos suspeitos escutados em referência a um crime em concreto, certamente cometem outros delitos que eventualmente sejam obra de uma rede de criminalidade interligada. Esta mera possibilidade não legitimará, sem mais, que a descoberta casual de esses outros crimes pressuponha necessariamente a existência de uma rede de criminalidade interligada.

Prossegue o Tribunal, esclarecendo que *“Tivesse, porém, a investigação prosseguido em conjunto com a que já decorria no âmbito do mesmo processo e não se falaria agora, talvez, em “conhecimentos fortuitos”*. Ora, parece-nos que é precisamente por se tratar de dados que consistem em conhecimentos fortuitos e não conhecimentos da investigação, que esses conhecimentos não poderiam ser valorados no âmbito do mesmo processo, pois o nº 7 do artigo 187º do CPP não prevê tal hipótese.

Refere ainda, que *“Daí que se creia que, na realidade, a situação em apreço, embora sendo um caso de fronteira, se enquadra na apreensão de conhecimentos da*

investigação que efectivamente se prosseguiu e aprofundou com a recolha de outra e substancial prova e não na categoria dos chamados conhecimentos fortuitos”.

Finalmente, o Tribunal termina rejeitando a argumentação do recorrente por considerar que, no caso concreto, o aproveitamento daqueles conhecimentos não foi a nível probatório, como decorre do despacho de acusação pelo crime de tráfico de estupefacientes. O que entendemos como uma decisão acertada, apesar de considerarmos que a argumentação do Tribunal no tocante à classificação dos conhecimentos obtidos enquanto conhecimentos da investigação sofre, no mínimo, de um vício de raciocínio.

O Tribunal pressupõe a existência de uma rede de criminalidade interligada de forma a integrar os factos consubstanciadores do crime de tráfico de estupefacientes no campo dos conhecimentos da investigação, uma vez que, seguindo a doutrina e jurisprudência alemãs, constituirão conhecimentos da investigação os “crimes que, no momento em que é decidida a escuta em relação a uma associação criminosa, aparecem como constituindo a sua finalidade ou actividade”¹¹⁰. Ora, neste caso, a possibilidade de existência de uma “rede de criminalidade interligada” apenas se levanta *a posteriori* e enquanto mera hipótese, não legitimando a inserção dos factos consubstanciadores do crime de tráfico de estupefacientes no domínio dos conhecimentos da investigação.

Consideramos relevantes ainda, as soluções avançadas pelo Tribunal da Relação de Évora nos acórdãos de 10.5.2011 e de 27.9.2011.

No primeiro acórdão, o Tribunal¹¹¹ é confrontado com uma questão relativa a uma alegada falta de fundamentação do despacho que autorizou a escuta telefónica e do despacho proferido no âmbito do nº7 do artigo 187º, isto é, do despacho que autoriza a utilização em outro processo de conhecimentos fortuitos obtidos no âmbito de um primitiva processo.

No tocante à alegada falta de fundamentação do despacho proferido no domínio da utilização extra processual dos conhecimentos fortuitos (que levanta uma questão pertinente para o nosso estudo), o Tribunal esclarece que quando estão em causa conhecimentos fortuitos obtidos através de escuta telefónica obtida num determinado processo e que podem complementar ou dar origem a uma nova investigação criminal, incidindo sobre nova factualidade, impõe o nº 7 do artigo 187º do CPP, a “*existência de um novo controlo judicial para além daquele que inicialmente foi realizado no processo*

¹¹⁰ COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, 1992, pág. 306.

¹¹¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 10.5.2011, consultado em www.dgsi.pt.

de origem do meio de prova e que, seguramente, só pode ter lugar no processo de importação do meio de prova, porque só neste podem fundadamente ser avaliados os pressupostos legais da admissibilidade do meio de prova em toda a sua extensão”.

“A iniciativa prevista no artigo 187º, nº 8, CPP (...), compete, como não poderia deixar de ser, ao juiz respectivo, no pressuposto por ele verificável de que essas conversações ou comunicações envolvem as pessoas previstas no nº4 e no pressuposto de que no processo de origem foram verificados e devidamente justificados os demais requisitos legais de qualquer escuta telefónica”

Assim, “o despacho que conhece da admissibilidade legal de meio de prova produzido noutro processo, terá de se revestir de uma dupla função, a de verificar a admissibilidade legal do meio de prova e a possibilidade legal do seu aproveitamento no processo (...) impondo-se ao juiz receptor das intercepções porque é aquele que em última instância tem o dever funcional do efectivo controlo judicial das mesmas, que declare quais as razões concretas que o levam a concluir pela admissibilidade do meio de prova. E tal não se satisfaz com o tautológico enunciado do texto legal, devendo antes ser expressamente mencionado em que circunstâncias foi obtida a gravação de modo a caracterizá-la como conversação de pessoa dentro da categoria do nº 4 do artigo 187º, qual o crime em investigação (se um dos crimes de catálogo) e de que circunstâncias do iter investigatório decorre a sua indispensabilidade para a prova do crime em causa”.

No entendimento do Tribunal, a falta de cumprimento da referida dupla função do controlo judicial exigido no âmbito do nº 7 e 8 do artigo 187º, só poderá, por força do disposto do artigo 190º, gerar a nulidade do próprio meio de prova, uma vez que não foi sujeito ao controlo judicial que seria devido e que deveria ser espelhado no respectivo despacho.

Por conseguinte, a valoração dos conhecimentos fortuitos no segundo processo para onde foram transferidos, será vedada pela nulidade que sobre o meio de prova impende em resultado da carência de controlo judicial e da consequente falta de fundamentação.

No segundo acórdão da Relação de Évora por nós seleccionado¹¹², a factualidade prende-se essencialmente na efectivação de escutas telefónicas a certos suspeitos com fundamento na prática de crime de lenocínio, resultando destas escutas a condenação de

¹¹² Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 27.9.2011, consultado em www.dgsi.pt.

uma arguida (que não havia sido sujeita às escutas) num crime de falsificação de documentos, sob a forma de cumplicidade.

O Tribunal começa por destrinçar os conceitos de conhecimentos fortuitos e de conhecimentos da investigação, concluindo, desde logo, que no presente caso os factos consubstanciadores do crime de falsificação de documentos foram descobertos de forma lateral e sem qualquer conexão com o crime de lenocínio que estava na base da autorização das escutas telefónicas.

Considera o Tribunal que o único elemento de conexão no tocante ao crime de falsificação de documentos *“residiu no facto de terem sido praticados por um mesmo agente (o arguido AM), na área de competência territorial de Tribunais sediados na mesma comarca, pelo que o seu julgamento conjunto num mesmo processo teve lugar ao abrigo do disposto no art. 25º do CPP”*. Ora, a questão que então se coloca é a de saber se a causa de conexão de processos prevista no artigo 25º do CPP é susceptível, por si só, de impor a recondução à figura dos conhecimentos de investigação das informações obtidas no decurso de uma operação de escuta telefónica sobre um crime diverso daquele que justificou a autorização da diligência.

Conclui o Tribunal *“que a resposta a tal questão, em tese geral e no caso concreto, deve ser negativa”*.

No artigo 25º do CPP, *“a conexão de processos não tem na sua base qualquer afinidade genética entre os diferentes crimes conexos, mas obedece somente a imperativos de mera economia processual, mais precisamente evitar a pendência simultânea de mais do que um processo contra o mesmo arguido na mesma comarca”*.

Diferentemente, nas causas de conexão enumeradas no nº 1 do artigo 24º do CPP, *“o legislador procurou assegurar que, sempre que possível, o mesmo acontecimento de vida real ou um processo histórico definido em função de um elemento relevante de unificação fosse julgado num único procedimento, evitando, por essa via, uma indesejável fragmentação dessa realidade, que poderia resultar de uma aplicação incondicional do paradigma «um crime – um processo – um arguido», que, até certo ponto, continua subjacente à vigente tramitação do processo penal. Trata-se de uma preocupação que tem por finalidade última garantir uma busca tão exaustiva quanto possível da verdade material e uma decisão substancialmente justa da causa”*.

Deste modo, conclui o Tribunal *“que o simples facto de um arguido ter cometido uma pluralidade de crimes na área de competência territorial de Tribunais sediados na mesma comarca não é suficiente, na falta de mais relevantes elementos de*

conexão, para estabelecer entre os vários crimes o laço de afinidade necessário a que possam ser considerados «conhecimentos de investigação», no contexto da efectivação de uma escuta telefónica.”

A terminar, a distinção entre as conexões previstas nos artigos 24º, nº1 e 25º do CPP, levará, inevitavelmente, a decidir pela proibição de valoração dos factos referentes ao crime de falsificação de documentos pelo qual a arguida havia sido condenada, pois estes constituem verdadeiros conhecimentos fortuitos, uma vez que não se reportam a um crime constante do catálogo legal do artigo 187º, nº 1 do CPP, nem apresentam qualquer conexão com o crime legitimador da escuta telefónica.

A fundamentação levada a cabo pelo Tribunal da Relação foi, no presente acórdão, inovadora no tocante ao apartar de águas e na precisão do conceito de “conexão” relevante para efeitos de inclusão de determinados factos no domínio dos conhecimentos da investigação.

Desta forma, veio o Tribunal elucidar que, apesar de meramente exemplificativas, as causas de conexão enunciadas no artigo 24º, nº1 do CPP são susceptíveis de legitimar a referida “conexão” entre o crime legitimador da escuta e outros delitos que venham a ser descobertos através desta. Ao contrário do que sucede com a conexão prevista no artigo 25º do CPP, que tem em vista uma relação meramente processual, o artigo 24º, nº1 do CPP pretende assegurar uma identidade substancial.

Finalmente, seleccionamos ainda dois acórdãos do Tribunal da Relação do Porto, o primeiro de 27.2.2013 e o segundo de 5.6.2013, onde são apreciadas questões relativas à dimensão subjectiva da problemática dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas.

No primeiro acórdão¹¹³, a questão submetida à apreciação do Tribunal (no que a nós nos importa) prende-se com o facto de terem sido autorizadas escutas telefónicas sobre suspeito que à data da autorização não possuiria ainda essa qualidade e não estaria sequer identificado, uma vez que “ *o OPC, não se referindo ao arguido e sem saber de quem se trata, apenas alega que poderá ser o presumível fornecedor de estupefaciente*” e informa que um determinado número de telemóvel “*poderá ser utilizado pelo presumível fornecedor de um outro suspeito*”.

O tribunal rejeita a alegada nulidade do despacho que autorizou a escuta sobre o recorrente, por violação do artigo 187º, nº 4 do CPP, esclarecendo que a lei refere não

¹¹³ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27.2.2013, consultado em www.dgsi.pt.

apenas suspeito, mas também pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido. *“Efectivamente, aquando da autorização da interceptação telefónica desconhecia-se a identidade de um potencial fornecedor de estupefaciente do suspeito sujeito à escuta. Esse, obviamente foi o motivo pelo qual se autorizou a interceptação telefónica, porquanto visava-se apurar não só a sua identidade mas também os concretos contornos do fornecimento de estupefaciente, sendo aliás um dos objectivos das interceptações telefónicas a recolha de prova”.*

O tribunal conclui, assim, pela admissibilidade de uma modificação subjectiva no decurso do processo, sendo que a própria finalidade das escutas telefónicas passa pela identificação de pessoas que com o suspeito mantêm ligações ilícitas no âmbito do delito que legitimou a escuta ao primitivo suspeito. Desta forma, a autorização da escuta sobre pessoa que *sirva de intermediário*, ainda que esse facto apenas venha a ser descoberto através da escuta, será legitimada pela própria finalidade das escutas telefónicas, *“passando a haver novo suspeito e/ou arguido”.*

No segundo acórdão proferido pelo Tribunal da Relação do Porto¹¹⁴, as alegações por parte do recorrente são muitos semelhantes às apresentadas no acórdão que acabámos de analisar. Porém, neste caso o recorrente nunca chegou a ser sujeito a qualquer interceptação do seu telemóvel pessoal, resultando os factos delituosos que sobre si impendem da efectivação de escutas telefónicas a certos suspeitos inicialmente identificados.

Alega o recorrente que, relativamente a ele, as escutas telefónicas são prova proibida, uma vez que apenas foram autorizadas relativamente a outros arguidos no processo, tratando-se, assim e quanto a ele, de conhecimentos fortuitos não passíveis de valoração no caso em apreço.

A interceptação foi autorizada em relação a suspeitos da prática de crimes de furto qualificado, donde resultaram conversações que indiciavam que o recorrente *“era autor de crimes de receptação e, por conseguinte, porque a moldura penal prevista para esse tipo de crime era de prisão superior a três anos, daí resultava a sua inserção no catálogo. Daí que também o recorrente era alvo elegível para ver as suas comunicações telefónicas objecto de interceptação e gravação.*

¹¹⁴ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 5.6.2013, consultado em www.dgsi.pt.

O que releva, naturalmente, para afastar a possibilidade de se considerar que a interceptação e gravação efectuada às conversações e comunicações levadas a cabo relativamente ao recorrente, estando fora do catálogo, importariam necessariamente a proibição da prova assim obtida”.

O crime de receptação pertence ao catálogo legal previsto no artigo 187º, nº1 CPP, e os conhecimentos resultantes das conversações constituem factos que apresentam uma efectiva conexão com os crimes de furto qualificado, legitimadores do despacho que autorizou as escutas telefónicas.

Neste sentido, considera o Tribunal *“que o conhecimento obtido através dessas interceptações e gravações do tráfego dos telemóveis relativamente ao recorrente deve ser considerado como conhecimento obtido com a própria investigação e não conhecimentos fortuitos. É que os chamados conhecimentos da investigação são factos obtidos através de uma escuta telefónica que se inserem na mesma história de vida do crime investigado, pelo que podem validamente ser usados na investigação. Pouco importa que o recorrente fosse terceiro relativamente a quem respeitava a autorização de interceptação e gravação das comunicações logo que esta se referisse, como referia, a um suspeito, os crimes de que os arguidos escutados e os que assim se evidenciaram como praticados pelo recorrente respeitassem, como respeitavam, a crimes de catálogo e, por fim, que os crimes de que ele era suspeito se inserissem, como inseriam, na história da investigação representada por aqueles outros, o que era o caso pois que as acções de receptação levadas a cabo pelo recorrente eram decorrência do furto dos objectos por parte dos arguidos escutados”.*

Acrescenta, ainda, o Tribunal que se estivéssemos perante verdadeiros conhecimentos fortuitos, a solução não poderia deixar de ser a mesma, transcrevendo um elucidativo trecho do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça¹¹⁵: *“porque as escutas resultaram de conhecimentos fortuitos, exactamente porque são fortuitos, não fará sentido exigir sempre certa condição prévia ao escutado, também em relação com o processo de destino. Basta pensar-se no caso de a utilidade da escuta (e a sua indispensabilidade) se cifrar na identificação que ainda se não tinha logrado obter, do agente de um crime mais que comprovado. Por outras palavras, nada impede, nestes casos, que a condição de suspeito ou de arguido resulte da própria escuta transferida.*

¹¹⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8.2.2012, publicado em www.dgsi.pt.

E por isso é que deverão ser incluídas não só as pessoas que já tenham, como as que possam vir a ter o estatuto daquelas que estarão previstas no n.º 4”.

Temos pois, que a solução avançada pela jurisprudência portuguesa é, em tudo, idêntica àquela já avançada pela jurisprudência e doutrina alemã, e igualmente pela doutrina portuguesa. Assim, no tocante à possibilidade de valoração (extra-processual) de conhecimentos fortuitos relativos a terceiros sobre quem não recaiam as primitivas suspeitas que deram origem às interceptações telefónicas, as soluções são coincidentes quando consideram que a condição de suspeito ou de arguido pode resultar das conversações escutadas, sendo esta identificação de suspeitos uma das principais finalidades deste meio de obtenção de prova.

4 – Considerações Finais

A compreensão de todas as questões sobre as quais nos procurámos focar ao longo do presente estudo, reclama, desde logo, a concretização do conceito de conhecimentos fortuitos por contraposição a conhecimentos da investigação, uma vez que o regime e tratamento jurídico conferidos a uma categoria e a outra se apresentam como absolutamente distintos.

Os conhecimentos da investigação serão, assim, todos aqueles que, obtidos através da realização de uma escuta telefónica legalmente autorizada, se reportam ao crime que legitimou a mesma ou, não se reportando a esse mesmo crime, se reportam a um outro crime (constante ou não do catálogo legal) que esteja baseado na mesma situação histórica de vida daquele, não bastando a conexão com um qualquer delito pertencente ao catálogo, solução que havia sendo defendida pelo BGH até à sua decisão de 1998 em que é restringida a susceptibilidade de valoração aos casos em que a conexão se verifica em, concreto, com o crime do catálogo que legitimou a escuta telefónica, o que nos parece mais acertado, uma vez que a “conexão” deverá verificar-se em relação ao crime legitimador da escuta para que de “unidade de investigação processual” se possa falar. Não existirá essa mesma “unidade investigatória processual” entre os factos descobertos e outro delito do catálogo que não aquele que legitimou a escuta, uma vez que não se verificará nenhuma acção investigatória em relação a outro delito catalogar que não aquele que, em concreto, esteve na base da escuta telefónica.

No nosso entender, a inclusão do segundo segmento do conceito por nós adoptado é absolutamente necessária a fim de assegurar a unidade investigatória processual que se impõe, uma vez que certos factos, referentes ou não a um crime do catálogo, se baseiam na mesma situação histórica do crime que legitimou a escuta. Neste sentido, a exclusão da sua valoração importaria um resultado não previsto pela própria *ratio* das vigilâncias e gravações de conversações telefónicas, quando já circunscritas a um catálogo legal, isto é, deixar-se-ia de fora aquilo que se pretendeu obter e valorar a nível probatório.

A concretização do segundo segmento do conceito de conhecimentos da investigação não poderá, no nosso entender, fazer-se apenas por referência às constelações típicas enunciadas por COSTA ANDRADE¹¹⁶. Assim, consideramos que o

¹¹⁶ COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, 1992, pág. 305 e ss.

recurso a um critério legal e objectivo se impõe enquanto corolário essencial da segurança jurídica própria de um Estado de Direito Democrático.

Do exposto resulta o nosso aplauso à proposta de FRANCISCO AGUILAR¹¹⁷ que, não rejeitando a relevância das situações enquadradas nas constelações típicas apontadas por COSTA ANDRADE, avança como critério legal o normativo contido no nº 1 do artigo 24º do CPP, enquadrando nas suas alíneas as várias constelações avançadas por COSTA ANDRADE mas não excluindo outras situações que, ao preencherem uma qualquer alínea do nº 1, deverão ser, por isso, submetidas ao regime dos conhecimentos da investigação porque, apesar de não referentes ao crime legitimador da escuta, formam com este uma unidade investigatória processual.

Na matéria de que nos ocupamos, o papel da doutrina e da jurisprudência foi fundamental, uma vez que até à alteração introduzida pela Lei nº 48/2007, o legislador não se havia ainda pronunciado, deixando para a doutrina e para a jurisprudência o tratamento da problemática dos conhecimentos fortuitos.

Através da referida lei, foi introduzido o nº 7 do artigo 187º do CPP, que veio consagrar a admissibilidade extra-processual de valoração dos conhecimentos fortuitos. Ora, a redacção do preceito ficou aquém daquilo que seria expectável num domínio que tantas dúvidas tem suscitado ao longo de décadas, acrescendo o facto de este constituir a primeira referência legal aos conhecimentos fortuitos. Cremos, assim, que o legislador poderia ter introduzido uma redacção mais feliz, deixando expressa a referência aos conhecimentos fortuitos e, assim, tomando posição quanto ao seu aproveitamento de forma “completa”.

A alteração, apesar de não apresentar a redacção mais desejável, foi efectivamente importante, uma vez que veio verter em letra de lei aquele que era já o entendimento dominante sobre a problemática dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas; os verdadeiros conhecimentos fortuitos (aqueles que não se reportam ao crime legitimador da escuta nem que com este formem uma unidade investigatória processual) apenas poderão ser valorados em outro processo (em curso ou a instaurar) e nunca no mesmo processo em que foi a escuta autorizada e, desde que a conversação tenha resultado de um meio de comunicação utilizado pelas pessoas susceptíveis de serem escutadas e apenas na medida em que for indispensável à prova de um crime catalogar.

¹¹⁷ FRANCISCO AGUILAR, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 19 e ss.

Assim, preenchidos os pressupostos estabelecidos no preceito, será, então, admissível a valoração dos conhecimentos fortuitos obtidos por meio de escuta telefónica. Solução que nos parece acertada, tendo presente os vários condicionalismos impostos à sua utilização (noutro processo) que dão cumprimento aos princípios inerentes à efectivação de um meio de obtenção de prova excepcional que acarreta uma danosidade social muito elevada num domínio, por princípio, constitucionalmente reservado aos seus titulares, como são os meios de comunicação privada.

No tocante às consequências jurídicas da valoração, fora dos condicionalismos legais, dos conhecimentos fortuitos, temos por mais acertadas as posições doutrinárias¹¹⁸ que estabelecem, enquanto desvalor jurídico, a proibição de prova (proibição de utilização) que, não se confundindo com a nulidade insanável, partilha com esta pontos paralelos, como a possibilidade de ser objecto de conhecimento e declaração oficiosos pelo tribunal até decisão final, não se convalidando, porém, com o trânsito em julgado da decisão, o que importa a admissibilidade de invocação de provas proibidas utilizadas para fundamentar a condenação enquanto fundamento para a interposição de recurso extraordinário de revisão.

No plano jurisprudencial, aquele em que a problemática sobre a qual nos debruçamos ganha efectiva aplicabilidade, as soluções conferidas aos casos concretos apresentam-se, na sua generalidade e no nosso entender, como acertadas.

Nas suas fundamentações, são raros os juízes que não procedem a uma breve explicitação do tratamento conferido pela jurisprudência alemã, pioneira no domínio da problemática objecto do nosso estudo. Encontraremos ainda, citações de autores como COSTA ANDRADE que conduzirão, quase invariavelmente, a decisões no sentido das soluções apontadas pelo autor, na esteira da jurisprudência e doutrina alemãs.

Verdadeiramente inovadoras parecem ser as decisões que, socorrendo-se do critério legal avançado por FRANCISCO AGUILAR, apresentam soluções, no nosso entender, mais objectivas e mais concretizadas na sua fundamentação, uma vez que encontram suporte legal para as constelações típicas enunciadas por COSTA ANDRADE.

Esta via de fundamentação, será, ao que cremos, a mais aconselhável num domínio tão delicado, intromissivo e inseguro como o das intercepções telefónicas.

¹¹⁸ COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, 1992, pág. 194, MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal – Volume II*, 2008, pág. 309 e ss e FRANCISCO AGUILAR, *Dos conhecimentos Fortuitos...*, 2004, pág. 85 e ss.

5 - Referências bibliográficas

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª ed., Lisboa, 2011.
- AGUILAR, Francisco, *Dos conocimientos Fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*, Almedina, 2004.
- ÁLVAREZ, López-Fragoso, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid, 1991.
- ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, Coimbra, 1998.
- ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre o Regime Processual das Escutas Telefónicas*, RPCC 3, 1991.
- ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, 1992.
- CANOTILHO, J.J. Gomes/ MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa – Anotada – Vol. I*, 4ª ed., Coimbra, 2007.
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código de Processo Penal Anotado*, 17ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009.
- LEITE, André Lamas, “As escutas telefónicas – Algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivadas da respectiva violação”, in *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, Ano I, 2004.
- PÉREZ, Alonso, *Medios de Investigación en el Proceso Penal*, 2ª ed., Madrid, 2003.
- QUIROGA, López Barja de, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 4ª ed., 2010.
- SANTOS, Simas/ HENRIQUES, Leal, *Código de Processo Penal Anotado*, 1º Vol, 2ª ed., Rei dos Livros, 2004.
- SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal Volume II*, 4ª ed. Verbo, Lisboa, 2008.

- URGELL, Anna Marco, *Análisis Jurisprudencial del Derecho al Secreto de Las Comunicaciones (art. 18.3 C.E.)*, Universitat Autònoma de Barcelona, 2008.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Conhecimentos Fortuitos – A Busca de um Equilíbrio Apuleiano*, Almedina, 2006.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo Penal- Tomo I*, 3ª ed., Almedina, 2010.